



Roj: **SAN 1761/2013 - ECLI:ES:AN:2013:1761**

Id Cendoj: **28079240012013100097**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2013**

Nº de Recurso: **124/2013**

Nº de Resolución: **98/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1761/2013,**
STS 449/2015

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil trece.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 124/13 y 201/13 (acumuladas) seguido por demanda de FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y D. Romualdo (letrado D. Enrique Lillo Pérez); CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (letrado D. Jacinto Morano González) contra ERICSSON ESPAÑA, S.A. (letrada Doña victoria Caldevilla Carrillo), TELEFÓNICA I+D S.A. (letrado D. David Alonso García), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES (UGT-MCA) (letrada Doña Lidia Mora Martínez) y ORGANIZACIÓN SINDICAL STC (letrado D. Carlos de Frías Redondo) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 19-03-2013 y 03-0-2013 se presentó demanda por FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y DON Romualdo ; CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra ERICSSON ESPAÑA, S.A., TELEFÓNICA I+D S.A., UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES (UGT-MCA) y ORGANIZACIÓN SINDICAL STC sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 17-05-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:



La FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde aquí), quien desistió de la primera pretensión de su demanda, ratificó las otras dos pretensiones de su demanda de conflicto colectivo, pretendiendo se declare el derecho de los trabajadores, afectados por el conflicto, a que se incrementen sus salarios el 1,68% desde el 1-01-2012, con más un incremento adicional del 0,72% en función de la evaluación del desempeño y un 1,45% desde el 1-01-2013, con más el 1,45% de la evaluación del desempeño, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones, así como al abono de las cantidades antes dichas.

Defendió, a estos efectos, que a los trabajadores de TELEFÓNICA I+D SAU (TELEFÓNICA desde ahora), cuyos contratos fueron subrogados por ERICSSON ESPAÑA, SA (ERICSSON desde aquí), se les incrementaba desde siempre el IPC todos los años, lo que constituye una condición más beneficiosa, que la empresa cesionaria se niega a respetar, pese a los compromisos, que adquirió con los representantes de los trabajadores.

Sostuvo, en segundo lugar, que en los acuerdos de subrogación, suscritos por ambas empresas, ERICSSON se comprometió incrementar los salarios en 2012 y 2013 con arreglo al IPC, si bien en 2012 el 70% se incrementaría linealmente y el 30% según el resultado de la evaluación del desempeño y en 2013 al 50% lineal y el 50% con arreglo a la evaluación del desempeño.

Admitió, que en el acuerdo se estableció una condición, según la cual el incremento quedaba condicionado a la negociación de la homogeneización de condiciones, pero denunció que se trataba de una condición confusa, cuyo cumplimiento no podía quedar al arbitrio del causante de la confusión, que fue la empresa.

Denunció finalmente, que la empresa bloqueó frontalmente la negociación de la homogeneización de condiciones, por lo que la condición perdió su vigencia, a tenor con lo dispuesto en el art. 1119 CC .

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda, en la que se pretende el incremento del IPC de 2012 con causa a la condición más beneficiosa heredada de TELEFÓNICA y se adhirió a la demanda de CCOO.

La UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde ahora) y STC Organización Sindical se adhirieron a las demandas acumuladas 124 y 201/2013 .

ERICSSON se opuso a las demandas acumuladas, destacando, en primer término, que se subrogó en los contratos de los demandantes el 10-10-2010.

Negó, que los trabajadores, en cuyos contratos se subrogó, tuvieran una condición más beneficiosa en TELEFÓNICA, según la cual dicha mercantil estaba obligada a incrementarles el salario conforme al IPC. - Defendió, por el contrario, que dicha empresa incrementaba los salarios de sus trabajadores con arreglo al convenio nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas Técnicas, que no despliega condiciones más beneficiosas.

Destacó, por otra parte, que los incrementos retributivos, acordados en el acta de 30-09-2010, quedaban condicionados a la negociación de la homogeneización de condiciones en la empresa, que se intentaron con los representantes provenientes de TELEFÓNICA, a quienes se mantuvo dicha condición, aunque no eran propiamente representantes legales de los trabajadores y con el comité de empresa constituido formalmente el 11-07-2012, sin que se alcanzara acuerdo, pese a que la empresa realizó múltiples propuestas, que no fueron admitidas nunca por los representantes de los trabajadores.

Negó, por tanto, que estuviera obligada a incrementar los salarios de sus trabajadores conforme a lo pedido en las demandas acumuladas, porque ni disfrutaban condición más beneficiosa, ni se cumplió la condición para que fuera obligatorio el incremento previsto en el acta de 30-09-2013.

TELEFÓNICA se opuso a la demanda, alegando falta de legitimación pasiva ad causam, aunque admitió su traba en el proceso, por cuanto suscribió el acuerdo de 30-09-2010, con la finalidad de dejar perfectamente claro el cumplimiento de los compromisos adquiridos previamente con los trabajadores. - Negó, que fuera posible condenarle, por cuanto las cantidades reclamadas son posteriores a la sucesión empresarial y nadie ha alegado, ni ha probado, que la transmisión fuera delito.

Negó que los trabajadores tuvieran incrementos de IPC con causa a una condición más beneficiosa, puesto que su retribución se ajustó siempre a los incrementos del convenio más arriba citado, destacando, en todo caso, que dichos incrementos eran compensados y absorbidos anualmente.

Admitió, no obstante, que la empresa, según la evaluación del desempeño de cada trabajador, producía otro incremento anual, que oscilaba generalmente sobre el IPC, aunque no mecánicamente, de manera que algunos trabajadores percibían más, otros trabajadores percibieron menos incremento y otros trabajadores ningún incremento.



Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- 1-El 30-9-10 se pacta incremento del IPC condicionado a alcanzar un acuerdo de homologación.
- 2-El preacuerdo del convenio del sector se ha pactado incremento "0".
- 3-La empresa realiza una propuesta concreta para la homologación el 6-7-12.
- 4-La empresa propone propuestas en 18-12-12, 15-1-13, 29-1-13, 20-2-13, 26-2-13, 29-2-13 y 1-3-13.
- 5-Hay 2 reuniones en el SIMA y 11 negociadoras.
- 6-El 30-9-10 Telefónica participa para dar cumplidos los acuerdos previos.
- 7-Se niega la práctica de incremento de IPC sino en función de lo pactado en el convenio.
- 8-El incremento del IPC ha sido absorbido y compensado.
- 9-La empresa Telefónica tenía la práctica de incrementar con carácter general como decisión individual y anual con referencia al desempeño de los trabajadores.

Se consideran hechos pacíficos e incontrovertidos los siguientes:

- 1-La subrogación pro Ericsson se produce el 1-10-10.
- 2-Desde 2003 los convenios colectivos que afectan al colectivo Avatar incrementan el IPC en virtud del art. 33 de cada uno de los convenios.
- 3-Inicialmente las negociaciones Ericsson se llevaron a cabo con los representantes de los trabajadores provenientes de Telefónica aunque perdieron su condición.
- 4-Se celebran elecciones en junio de 2012 y se constituye el nuevo Comité de empresa el 11-7-12.
- 5-Ha habido convocatoria ante el SIMA en diciembre 2012.
- 6-La transmisión empresarial no ha sido delictiva.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal. - Dichos sindicatos, al igual que CGT y STC acreditan implantación en la empresa ERICSSON.

SEGUNDO . - Los trabajadores, afectados por el conflicto, trabajaban en TELEFÓNICA y regían sus relaciones laborales por el convenio nacional de empresas de ingeniería y oficinas técnicas, que obran en autos y se tienen por reproducidos, que incrementaban anualmente las retribuciones con arreglo al IPC. - La empresa venía abonando, además de los incrementos convencionales, una cantidad, que giraba generalmente sobre el IPC, aunque lo superaba a veces, era inferior en otras ocasiones y a veces no se retribuía nada en función de la valoración del desempeño de cada trabajador.

TERCERO . - El 14-03-2013 CCOO y UGT hicieron público un comunicado, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que informaban a los trabajadores el preacuerdo alcanzado en las negociaciones del XVII Convenio de ingenierías y estudios técnicos, donde se pactó un incremento cero para 2012 y un 0, 8% para 2013.

CUARTO . - El 19-07-2010 se suscribió el acuerdo de segregación de las unidades productivas y autónomas de la Dirección de Productos, Soluciones y Sistemas de Telefónica entre dicha mercantil y sus comités de empresa, como consecuencia de la integración en INDRA y ERICSSON. - El acta del acuerdo citado obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se reconocía a los representantes de los trabajadores y delegados sindicales de TELEFÓNICA las garantías legales del art. 68. a. b y c ET durante la vigencia de sus mandatos y el año posterior, con independencia de la eventual pérdida de su condición de representantes de los trabajadores por la realización de las nuevas elecciones.

QUINTO . - El 30-09-2010 las empresas demandadas y los comités de empresa de Madrid, Valladolid y Barcelona de TELEFÓNICA suscribieron un acuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido, en cuyo acuerdo tercero se convino lo siguiente:



"Sin perjuicio de que (i) ERICSSON manifiesta que mantiene su derecho a aplicar el mecanismo de la compensación y absorción sobre el complemento de antigüedad de los trabajadores en virtud de lo previsto en el convenio colectivo, y (ii) la parte social manifiesta que mantiene una condición más beneficiosa a la inaplicación de dicho instituto sobre tal concepto, ERICSSON asume el compromiso de no proceder a la compensación y absorción del complemento de antigüedad que se devengue durante un período de tres años y su consolidación, es decir abonará efectivamente nuevos trienios que se consoliden hasta el 1 de enero de 2013, sin que, según manifiesta ERICSSON, este compromiso suponga el reconocimiento de condición más beneficiosa u derecho adquirido alguno sobre esta materia y sin que el mismo suponga reconocimiento por parte de los trabajadores de su renuncia a una condición que entiende consolidada en su acervo patrimonial.

Igualmente. ERICSSON asume el compromiso de no compensar y absorber el incremento de IPC para 2011 (medido de enero a diciembre de 2010) sobre el salario fijo de los trabajadores. Durante dicho año 2011 se negociará (con una comisión formada con los integrantes de la representación de los trabajadores transferidos a ERICSSON que se adscriban a la misma) la homogenización de las condiciones de los trabajadores transferidos con las vigentes en ERICSSON. En el supuesto de que dicho periodo concluya con la consecución de acuerdo al respecto, ERICSSON aplicará a los trabajadores el IPC de los años 2012 (medido de enero a diciembre de 2011) y 2013 (medido de enero a diciembre de 2012) sobre el salario fijo, conforme a la siguiente distribución:

Año 2012: 70% del IPC de forma incondicionada y 30% en función de la evaluación del desempeño.

Año 2013: 50% d IPC de forma incondicionada y 50% en función de la evaluación del desempeño

ERICSSON mantiene que, en función de las políticas condiciones y prácticas de TID que le han sido trasladadas, no existe derecho adquirido alguno ni garantía de incremento salarial en función del IPC o ningún otro parámetro. Igualmente manifiesta que la no aplicación de compensación y absorción, durante el periodo señalado, de los incrementos de IPC, en ningún caso supondrá reconocimiento de ninguna condición más beneficiosa una vez concluido el ámbito temporal establecido, Por su parte, tos trabajadores manifiestan que mantienen un derecho adquirido al incremento anual dc JPC sobre su retribución fija y no renuncian al mismo".

ERICSSON se subrogó en los contratos de trabajo del colectivo AVATAR, proveniente de TELEFÓNICA, el 1-10-2010.

SEXTO . - ERICSSÓN incrementó las retribuciones de los trabajadores del denominado "colectivo AVATAR", provenientes de TELEFÓNICA, conforme al IPC del año 2010 desde el 1-01-2011.

SÉPTIMO . - El 2-08-2011 la empresa demandada convocó a los antiguos representantes de TELEFÓNICA para constituir la comisión de homogeneización a primeros de septiembre del mismo año, sin precisar fecha. - El 25-11-2011 la dirección de la empresa se dirigió nuevamente a los representantes citados para convocarles a una reunión, en la que no se precisó fecha, con la finalidad de debatir la homogeneización, los conceptos homogeneizables y el procedimiento a seguir, así como quien, cómo y cuando debe reunirse para alcanzar dichos fines. - Don Artemio y don Carmelo , miembros de los órganos unitarios de TELEFÓNICA, transferidos a ERICSSÓN, manifestaron por escrito su decisión de no participar en las negociaciones ya citadas.

El 28-12-2011 la empresa demandada envió a los representantes de los trabajadores una comunicación, que obra en autos y se tiene por reproducida, en la que decidió prolongar la negociación durante el primer trimestre de 2012. - En la comunicación citada se comprometió a reunirse cada diez días con los representantes de los trabajadores y a incrementar las retribuciones, conforme a las cuantías contenidas en el acuerdo de 30-09-2010, caso de alcanzarse acuerdo

El 12-12-2011 la dirección de la empresa convocó una nueva reunión con el orden del día siguiente: firma del acta de la primera reunión del período de consultas sobre modificación de condiciones de trabajo en AVATAR; confirmación de la representatividad de los representantes de los trabajadores en la unidad de AVATAR; resultados del centro de Madrid sobre la representatividad de los delegados de personal procedentes de TELEFÓNICA; análisis del reconocimiento escrito por la empresa de la representatividad de los delegados de personal procedentes de TELEFÓNICA; costes y CECOS de cargo de los gastos de representación de los delegados de personal durante la negociación y propuestas de homogeneización de las partes negociadoras.

El 13-01-2012 don Emiliano , responsable de recursos humanos de la empresa demandada, se dirige a los representantes reiterados para retrasar la reunión para el mismo día, manifestando que aporta documentos relacionados con el reconocimiento de la representatividad, plazo de negociación y efectos, así como la agenda, compuesta por los extremos siguientes: Firma, en su caso, de las reuniones anteriores; representatividad de la negociación; calendario de reuniones; propuesta inicial de equiparación de la empresa, presentación y comentarios; varios y reportes. - La reunión se retrasó nuevamente para el 2-02- 2012,



fijándose como orden del día: firma de las reuniones anteriores y constitución formal de la mesa negociadora: reconocimiento mutuo de la representatividad y propuesta de modificación de la empresa.

El 26-03-2012 los representantes de los trabajadores se dirigieron al señor Emiliano mediante correo electrónico, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se quejaban de la falta de información y reclamaban se les incrementara el IPC desde el 1- 01-2012. - El 20-04-2012 volvieron a reiterar dichas quejas y peticiones, mediante correo electrónico, que obra en autos y se tiene por reproducido.

El 6-03-2012 la empresa demandada envió a los representantes de los trabajadores un documento, que contiene una comparativa de las condiciones de trabajo dentro de la empresa, que obra en autos y se tiene por reproducida.

El 6-07-2012 la empresa demandada notificó a los representantes de los trabajadores su propuesta de homogeneización de condiciones, que obra en autos y se tiene por reproducida.

El 11-07-2012 se constituyó el comité de empresa, levantándose acta que obra en autos y se tiene por reproducida.

El 11-12-2012 la empresa demandada propuso a los representantes de los trabajadores, conforme a lo pactado en una convocatoria ante el SIMA, cuya acta dice adjuntar, aunque no lo hace, varias convocatorias para los días 11 y 18 de diciembre; 15, 22 y 29 de enero de 2013, proponiendo como orden del día para la primera reunión: constitución de la mesa negociadora; sistematización del proceso de negociación y lo que propongáis con antelación. - Obra en autos y se tiene por reproducida el acta de la reunión celebrada el 18-12-2012, que incluye una propuesta de homogeneización elaborada por la empresa demandada.

El 15-01-2013 el señor Emiliano remite un nuevo correo electrónico, en el que adjunta propuesta de acta de la primera reunión; presentación realizada en la reunión de 18-12-2012 y presentación comparación de costes, adjuntándose efectivamente el análisis comparativo de costes en la fecha indicada. - CCOO le responde el mismo día, diciéndole que no encuentra la presentación referida.

La comisión negociadora se reunió los días 15 y 22-01-2013, levantándose actas que obran en autos y se tienen por reproducidas, en las que las partes intentaron homogeneizar las condiciones de trabajo entre los colectivos existentes. - El 29- 01-2013 CGT remite su propuesta mediante correo electrónico y lo hace nuevamente los días 27 y 28-02-2013. - En la misma fecha lo hace CCOO. - El 5-03-2012 las secciones sindicales reclaman al señor Emiliano las actas de las reuniones de 12, 21, 26 y 28-02-2013.

La comisión negociadora se reunió nuevamente el 29-01-2013, donde los representantes de los trabajadores aportaron su propuesta concreta de homogeneización de condiciones, que obra en autos y se tiene por reproducida. - Los días 5 y 14-02-2013 se reúne nuevamente la comisión negociadora, entrecruzándose propuestas y contrapropuestas, previa evaluación y contraste de los documentos cruzados entre las partes.

El 26-02-2013 la empresa demandada entregó su oferta final, que recoge en lo referente a los incrementos retributivos lo siguiente:

"- Para el año **2011** : Regularización de acuerdo al convenio colectivo de aplicación.

- Para **2012** :

- Subida del 70% del IPC de 2011 a aplicar sobre la retribución fija de forma incondicional.

- Subida del 30% restante en función de la evaluación del desempeño.

- Para **2013** :

- Subida del 50% del IPC de 2012 a aplicar sobre la retribución fija de forma incondicional.

- Subida del 50% restante en función de a evaluación del desempeño.

- Para el año **2014** y POSTERIORES: Sistema Ericsson por evaluación del desempeño del año anterior sobre el 100% del salario fijo total, con efectos del 1 de enero de cada año.

-Adicionalmente Ericsson abonará a todo el personal AVATAR el 0,25% del ABS, salario fijo anual, durante los próximos 8 años a partir de 1 de enero de 2013".

El 29-02-2013 la RLT entrega una nueva propuesta para la homogeneización de condiciones, que obra en autos y se tiene por reproducida.

El mismo día la empresa oferta su propuesta definitiva, en la que propone los incrementos siguientes:

"- Para el año 2011: No habrá regularización del incremento que ya se realizó con efectos de 1 de enero de ese año.



- Para el año 2012: Se incrementarán desde el 1 de enero de 2012 en un 100% del IPC real del año 2011, el 2,4% a aplicar sobre la retribución fija menos la antigüedad (El 30% del IPC estará asegurado y el restante 70% del IPC se alcanzará en función del Performance Appraisal)

- Para el año 2013: Se incrementarán desde el 1 de enero de 2013 en un 100% del IPC real del año 2012, el 2,9% a aplicar sobre la retribución fija menos la antigüedad (El 30% del IPC estará asegurado y el restante 70% del IPC se alcanzará en función del Performance Appraisal).

- Para el año 2014 y POSTERIORES: Sistema Ericsson por evaluación del desempeño del año anterior sobre 100% del salario fijo total, con efectos del 1 de enero de cada año".

No obstante, la RLT entregó otras dos propuestas los días 28-02 y 1-03-2013, que obran en autos y se tienen por reproducidas.

OCTAVO . - El 4-12-2012 se aplazó la demanda de mediación, promovida por CGT. - El 30-01-2013 se aplazó nuevamente para el 5-04-2013, que concluyó sin acuerdo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - 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, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO . - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - El primero y el sexto no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .

b. - El segundo de los convenios citados, que obran como documentos 1 a 4 de ERICSSON, que fueron reconocidos de contrario. - Se afirma, que los incrementos anuales con referencia general, aunque no mecánica al IPC, traían causa en la valoración del desempeño, porque así lo admitió TELEFÓNICA, sin que los demandantes, quienes cargaban con la prueba, conforme a lo dispuesto en el art. 217.2 LRSJ, probaran que la empresa incrementaba de modo general el IPC y sin ningún tipo de razón a todos los trabajadores de AVATAR, confirmándose por su régimen retributivo, así como por los correos electrónicos, remitidos a sus trabajadores, que obran como documentos 2 a 5 de su ramo documental (descripciones 48 a 51 de autos).

c. - El tercero del comunicado citado, que obra como documento 20 de ERICSSON, que fue reconocido de contrario.

d. - El cuarto del acuerdo citado, que obra como documento 7 de ERICSSON, que fue reconocido de contrario. - La fecha de subrogación es pacífica.

e. - El quinto del acuerdo citado, que obra como documento 8 de ERICSSON, que fue reconocido de contrario.

f. - El séptimo de los documentos nueve a dieciocho de ERICSSON, que reflejan fielmente el relato descrito y fueron reconocidos de contrario, salvo el 6, 17 y 18 de autos. - El documento seis documenta un extremo no controvertido, como es el incremento de IPC en 2011. - Los documentos 17 y 18 documentan propuestas empresariales durante la negociación, que son creíbles para la Sala, aunque no se reconocieran por los demandantes, por cuanto en el comunicado de CGT de 6-03-2013 se admite que unos días antes, coincidentes con las ofertas definitivas de la empresa, se estuvo a punto de alcanzar acuerdo, haciéndose impensable que ese acuerdo no se apoyara en documento alguno. - Las actas de las reuniones y las propuestas, cruzadas entre las partes, obran como documentos 5 a 15 de CCOO (descripciones 33 a 42 de autos) que fueron reconocidas de contrario.

g. - El octavo de las actas del SIMA, que obran como documento 19 de ERICSSON, que fue reconocido de contrario.

TERCERO . - Acreditado, que las cantidades reclamadas se retrotraen al 1-01-2012, cuando los trabajadores no pertenecían a TELEFÓNICA desde el 1-10-2010, no cuestionándose, ni habiéndose probado consecuentemente, que la transmisión empresarial constituyera delito, debe absolverse a la empresa TELEFÓNICA de los pedimentos de la demanda, por cuanto no concurre ninguno de los presupuestos requeridos por el art. 44.3 ET .



CUARTO . - Los demandantes reclaman, en primer término, que se les incrementen sus retribuciones conforme al IPC de 2012 y 2013, cuyos importes ascendieron a 2, 4% y 2, 9% respectivamente, porque TELEFÓNICA los venía incrementando de ese modo desde siempre, tratándose, por consiguiente, de una condición más beneficiosa, que debía respetarse por la empresa cesionaria, de conformidad con lo pactado en el acuerdo de 19-07-2010. - Las demandadas se opusieron frontalmente a dicha pretensión, puesto que TELEFÓNICA no incrementó mecánicamente las retribuciones de sus trabajadores, sino que lo hizo con arreglo a las correspondientes valoraciones del desempeño de cada uno de ellos y aunque admitió, que el incremento general giraba sobre el IPC, no siempre era así, puesto que algunos trabajadores cobraban más, otros menos y otros no cobraban absolutamente nada.

La cuestión controvertida ha sido analizada recientemente por el Tribunal Supremo en sentencia de 4-03-2013, rec. 4/2012, que confirmó SAN de 10-10-2011, en la que se dijo lo siguiente:

" 1.- La resolución del caso sometido a debate impone un recordatorio previo de la jurisprudencia dictada en orden a los requisitos para el nacimiento y los efectos de una condición más beneficiosa [CMB, en adelante]:

a).- *Para empezar, destaquemos que no siempre resulta tarea sencilla determinar si nos hallamos en presencia de una CMB, «pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho, y en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes, en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones» (recientes, SSTS 07/04/09 - rco 99/08 -; 06/07/10 -rco 224/09 -; y 07/07/10 -rco 196/09 -).*

b).- *Tampoco es ocioso recordar que si bien la construcción de la figura de la CMB -de creación jurisprudencial, basada fundamentalmente en el art. 9.2 LCT- se configuró inicialmente con un carácter individual, alcanzando su consagración, entre otras, en las Sentencias de 31/1061 [Ar. 4363] y 25/10/63 [Ar. 4413], sin embargo esa cualidad inicial -individual- se fue ampliando al admitir la posibilidad de que el beneficio ofertado sin "contraprestación" se concediese también a una pluralidad de trabajadores, siempre que naciese de ofrecimiento unilateral del empresario, que aceptado se incorpora a los respectivos contratos de trabajo; de esta forma, se amplió la fuente origen del beneficio, alcanzando a los actos y pactos de empresa que no tienen naturaleza de convenio, y se llegó a la CMB de carácter colectivo (así, SSTS 30/12/98 -rco 1399/98 -; 06/07/10 -rco 224/09 -; y 07/07/10 -rco 196/09 -).*

c).- *La CMB requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por «un acto de voluntad constitutivo» de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sirvan de ejemplo, entre las últimas, las SSTS 05/06/12 -rco 214/11 -; 26/06/12 -rco 238/11 -; 19/12/12 -rco 209/11 -).*

d).- *En todo caso ha de tenerse en cuenta que lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, por lo que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador (SSTS 03/11/92 -rco 2275/91 -; ... 07/07/10 -rco 196/09 -; y 22/09/11 -rco 204/10 -). Y*

e).- *Finalmente, reconocida una CMB, la misma se incorpora al nexo contractual e impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c) ET - y por lo tanto mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (como ejemplos cercanos, las SSTS 26/09/11 -rcud 4249/10 -; 14/10/11 -rcud 4726/10 -; y 19/12/12 - rco 209/11 -).*

2.- *Las anteriores precisiones jurisprudenciales ponen de manifiesto la gratuidad de la pretensión actora, porque:*

a) *la propia existencia de negociaciones anuales para fijar el salario, palmariamente demuestra la inexistencia de una voluntad de «consolidar» el derecho de los trabajadores a un incremento anual no inferior al IPC, pues el «acuerdo» [existente en el caso] y la «voluntad unilateral» [propio de la CMB] son términos antitéticos; b) el hecho de que la empresa «desde su fundación, trabaja con la previsión real de crecimiento del IPC», no significa sino que en sus negociaciones la empleadora tiene como marco o referente deliberativo la pérdida del valor adquisitivo que la inflación del precedente año ha supuesto para los trabajadores, e incluso pudiera apreciarse en la expresión el encomiable «desideratum» patronal de que el salario de sus empleados no sufran deterioro alguno por efecto del incremento del IPC, pero en manera alguna es inequívoca manifestación -como la CMB requiere- de una voluntad empresarial de que ese IPC sea el suelo «consolidado» de la revisión salarial de cada año; y c) la circunstancia de que las negociaciones sean anuales es obvia demostración del carácter temporal de*



la mejora que se pacta -sobre el mínimo del convenio colectivo aplicable-, cualidad ésta de temporalidad opuesta a la «consolidación» que está implícita en toda CMB» .

Por consiguiente, probado que TELEFÓNICA incrementó los salarios de sus trabajadores conforme al convenio nacional de ingeniería y oficinas técnicas y constatado, además, que incrementaba, conforme a la valoración del desempeño, cantidades que giraban normal pero no mecánicamente en torno al IPC, debemos descartar de plano, que estemos ante una condición más beneficiosa, puesto que la decisión se tomaba anualmente por la empresa, con arreglo a las evaluaciones que estimaba oportunas y sin someterse de manera mecánica al IPC anual.

Por lo demás, queremos subrayar que los propios actos de los demandantes conducen a dicha conclusión, puesto que si consideraban que gozaban de un derecho adquirido a que se les incrementara el salario con arreglo al IPC, como hicieron constar en sus manifestaciones del acuerdo tercero, reproducido en el hecho probado quinto, se hace ininteligible que no reclamaran dicho derecho hasta ahora, sometiéndose, por el contrario, al proceso negociador descrito en el hecho probado séptimo.

QUINTO . - CCOO defendió que el acuerdo tercero del pacto de 30-09-2010, reproducido en el hecho probado quinto, constituía una cláusula confusa, que no debía favorecer a la empresa demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1288 CC , puesto que fue la empresa quien promovió dicha oscuridad, sin que podamos compartir, de ningún modo dicha aseveración, porque es sencillamente incierta.

En efecto, la simple lectura del acuerdo citado deja perfectamente claro, que la empresa se comprometió a incrementar el salario fijo de los trabajadores en 2011 con arreglo al IPC 2010, lo que ha cumplido escrupulosamente. - Se comprometió, así mismo, a negociar a lo largo de 2011 con una comisión formada por los integrantes de la representación de los trabajadores transferidos a ERICSSON que se adscriban a la misma la homogeneización de las condiciones de los trabajadores transferidos con las vigentes en ERICSSON, precisando, a continuación que, si dicho acuerdo alcanzaba buen puerto, se producirían los incrementos ya citados, sin que los trabajadores objetaran dicho acuerdo, puesto que lo suscribieron.

Es cierto y no escapa a la Sala, que en el párrafo final ambas partes mantuvieron las espadas en alto, puesto que los representantes de los trabajadores insistieron en la concurrencia de un derecho adquirido al incremento del IPC, aunque no hicieron nada para reclamarlo hasta ahora, mientras que la empresa lo negó de plano, siendo evidente, a juicio de la Sala, que ambas declaraciones constituyen simples manifestaciones de parte, que no oscurecen lo pactado, que está redactado con absoluta claridad en los párrafos precedentes.

Nos encontramos, por tanto, ante una obligación de incrementar los salarios de la forma descrita, condicionada a la consecución de un acuerdo de homologación de condiciones a lo largo de 2011, que compromete por igual a ambas partes, lo cual nos permite descartar, que el cumplimiento de la condición dependiera exclusivamente de ERICSSON, como denuncian los demandantes, por cuanto las partes se comprometieron a negociar el proceso de homologación durante el año 2011, precisando que, si la negociación concluía con acuerdo, se activaría el incremento pactado. - No debe olvidarse, en todo caso, que el deber de negociar no comporta obligatoriamente alcanzar acuerdos, por todas STS 5-11-2008, rec. 130/2007 y 26-05-2009, rec. 116/2007 , donde se sostuvo lo siguiente: " *Entiende la Sala que la elaboración del mismo no constituye una obligación exigible, dado que su cumplimiento depende de un suceso futuro y, en principio incierto, cual es la propia necesidad de consenso entre los sujetos negociadores, sin que, por tanto, al depender la condición de la concorde voluntad de ambos, dicha obligación condicional pueda declararse nula. En definitiva, la norma convencional no presupone una obligación de alcanzar un acuerdo, sino de intentarlo y, según se desprende de la inmodificada declaración de hechos probados, los intentos de transacción no se han abandonado, pues las partes negociadoras del convenio, se reunieron al menos en siete ocasiones*".

Así pues, se trata de una obligación condicional, sometida a un plazo de tiempo, previniéndose en el art. 1117 CC , que si la condición, sometida a plazo, no aconteciere en el tiempo previsto o sea evidente que el acontecimiento no puede suceder, quedará extinguida la obligación. - Dicha opción debe descartarse aquí, aunque no hubo prácticamente negociación efectiva durante el período convenido, puesto que se ha acreditado que el 28-12-2011 ERICSSON propuso a los representantes de los trabajadores, que se prolongara la negociación durante el primer trimestre de 2012 y aunque se siguió sin negociar efectivamente en dicho período, se comenzó a entregar documentación necesaria para que la negociación alcanzara sus fines.

Los demandantes denunciaron, que la condición de alcanzar un acuerdo en 2011 no pudo cumplirse, porque la empresa impidió voluntariamente su cumplimiento, por lo que debe tenerse por cumplida, a tenor con lo dispuesto en el art. 1.119 CC , sin que podamos convenir con dicha denuncia, por cuanto la obligación de negociar competía a ambas partes y aunque es cierto, que no se cumplió la condición en el plazo convenido, no es menos cierto, que ambas partes consintieron con sus propios actos prolongar el plazo pactado, puesto



que continuaron negociando al menos hasta el 29-02-2013, habiéndose promovido además, varios intentos de mediación ante el SIMA.

La simple lectura del hecho séptimo de la demanda permite concluir que el impulso negociador, promovido inicialmente por la empresa demandada, fue más formal que real, puesto que la primera vez que pone documentos relevantes sobre la mesa es el 13-01-2012, cuando hace la primera propuesta inicial de homogeneización, aunque no estaba constituida formalmente la comisión negociadora, entregándoles el 6-03-2012 la comparativa de condiciones de trabajo y es el 6-07-2012, cuando les entrega por primera vez su propuesta de homogeneización, pero no es menos cierto, que los representantes de los trabajadores se limitaron a realizar tímidas quejas los días 26-03 y 24-04-2012, aviniéndose a negociar, como se deduce del acta de 18-12-2012. - Se ha probado, por otra parte, que la empresa ha realizado propuestas sólidas los días 26 y 29-02-2013, en contestación a las contrapropuestas remitidas por los sindicatos, que no fueron aceptadas por estos, quienes las rechazaron también en el intento de mediación ante el SIMA.

Por consiguiente, aunque sea cierto que la empresa no negoció efectivamente la homogeneización pactada en el año 2011, puesto que sus iniciativas fueron más formales que reales, los demandantes debieron reclamar entonces el cumplimiento de la obligación, haciendo valer, en su caso, lo dispuesto en el art. 1.119 CC, pero no habiéndolo hecho así, puesto que admitieron pacíficamente que se prolongara formalmente el plazo de negociación durante el primer trimestre de 2012 y de hecho desde entonces, como revelan los correos electrónicos, remitidos entre las partes, así como las propuestas y contrapropuestas de unos y otros, debemos concluir que ambas partes asumieron prolongar voluntariamente la negociación de la homogeneización de condiciones de trabajo y como dichas negociaciones no llegaron a buen puerto, no se cumplió la condición pactada en el acuerdo de 30-09-2010, por lo que debemos desestimar íntegramente la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1114 CC.

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

FALLAMOS

Desestimamos las demandas acumuladas de conflicto colectivo, promovidas por CCOO y CGT, a las que se adhirieron UGT y STC y absolvemos a ERICSSÓN ESPAÑA, SA y a TELEFÓNICA I+D SAU de los pedimentos de las demandas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del 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 abogado, graduado social colegiado o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo 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 el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000124 13.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada 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 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.

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.