



Roj: **STS 2463/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2463**

Id Cendoj: **28079149912019100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **24/06/2019**

Nº de Recurso: **10/2018**

Nº de Resolución: **484/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 484/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

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

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 24 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, representada y asistida por la letrada Doña Isabel Merenciano Gil contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2017, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento número 179/2017, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de conflicto colectivo a instancia de dicha Federación ahora recurrente en casación, a la que se adhirieron la Sección Sindical CC.OO. en Sanitas S.A. y la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A. contra Sanitas, S.A. de Seguros, la Sección Sindical CC.OO. en Sanitas S.A. y la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.



Ha comparecido en concepto de recurrido Sanitas, S.A. de Seguros, representada y asistida por el Letrado Don Bruno Álvarez Padín, la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A., representada y defendida por el Letrado Don Pedro Poves Oñate y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la que se adhirieron la Sección Sindical CC.OO. en Sanitas S.A. y la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A. y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "la NULIDAD PARCIAL DEL ACUERDO ADOPTADO ENTRE LA SOCIEDAD Y LAS SECCIONES SINDICALES EN FECHA 25 DE MARZO DE 1997, por contravenir el principio constitucional de igualdad, condenando a la sociedad demandada a APLICAR A TODOS LOS TRABAJADORES EL MISMO RÉGIMEN en materia de participación en primas. Concretamente ello supondría la declaración de nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo de 1997, debiéndose aplicar a todos los trabajadores el mismo número de pagas con independencia de la fecha de ingreso en la Sociedad".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 7 de septiembre de 2017 se dictó sentencia por la propia Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos la excepción de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo por ser la vía procesal adecuada la de impugnación de convenio colectivo invocada por el letrado de la empresa demandada, acordamos canalizar el procedimiento por la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, no en lo que se refiere a la segunda pretensión de la demanda pues excede de lo que es propio de la misma, y deberá ventilarse bajo la modalidad procesal de conflicto colectivo, sin que sea posible la acumulación de una y otra acción por mor de lo preceptuado en el art. 26.1 de la LRJS. Desestimamos la demanda formulada por Da Isabel Merenciano Gil, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, actuando en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeSMC UGT), contra la sociedad SANITAS, S.A., DE SEGUROS, la SECCIÓN SINDICAL DE CCOO, y la SECCIÓN SINDICAL CSI-CSIF, en la que es parte el MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones de la demanda, sin resolver la segunda pretensión de la demanda, que queda imprejuzgada."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- La sociedad Sanitas, constituida como Sociedad Anónima, compañía de Seguros, tiene una plantilla a fecha de 31 de diciembre de 2016 de 1.030 trabajadores, distribuidos en 40 centros de trabajo en todo el territorio nacional.

La distribución de la representatividad sindical, tras el último proceso electoral llevado a cabo en el centro de trabajo de Pozuelo 201, se configura de la siguiente manera:

- FeSMC UGT- 26 delegados (70'27 %)

- CCOO - 11 delegados (29'72 %) (Hecho reconocido por la parte demandada).

SEGUNDO.- FeSMC UGT, está integrada en la Unión General de Trabajadores (UGT), sindicato que tiene reconocida la condición de más representativo a nivel estatal, tal y como establece el artículo 6 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical. Asimismo, como se plasma en el punto anterior, puede observarse que tiene una máxima implantación en la Sociedad, ostentando aproximadamente el 70 % de la representación legal de los trabajadores. **TERCERO.-** El objeto social de Sanitas S.A. es el desarrollo de servicios de seguros; Sanitas S.A. de Seguros se dedica al ramo de seguros de salud. Encuadrándose dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (años 2012 a 2015), publicado en el BOE en fecha 16 de julio de 2013.

CUARTO.- El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores que ingresaron en la Sociedad con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, por los hechos que a continuación se expone.

QUINTO.- En fecha 25 de febrero de 1997, la Dirección de Sanitas requirió a las tres Secciones Sindicales legalmente constituidas en la empresa para que establezcan una Comisión de negociación, que a los efectos prevenidos en el vigente Estatuto de los Trabajadores, se reúna con la representación de la Dirección de la Compañía, con el fin de negociar un acuerdo, sobre la Paga de Participación en Primas.



La Dirección de la Compañía propone sustituir el actual sistema de abono de la paga de participación en primas, y la aplicación del artículo 39 del convenio colectivo en los términos contenidos en el escrito de fecha 25 de febrero de 1997. (Descriptor 24), cuyo contenido, se da por reproducido.

En fecha 5 de marzo de 1997 se constituyó una Comisión Paritaria compuesta por dos miembros de la Sección Sindical de CC.OO. cuatro miembros de la Sección Sindical de UGT y seis miembros de la Sección Sindical de CSI-CSIF.

En fecha 11 de marzo de 1997 se comunicó a la mesa negociadora el detalle de las dos propuestas planteadas por la Dirección de la Compañía que consistían en:

. Abonar en 1997 la paga correspondiente a 1996 calculada tomando el 1% de las primas netas de cesión y anulación.

Posteriormente, calcular con idéntico sistema el equivalente a 7 pagas, consolidando el importe resultante en el sueldo de cada empleado, mediante la creación de un nuevo concepto denominado "Compensación Participación en Primas", el cual evolucionaría anualmente con el IPC, hasta un máximo del 3%.

Posibilidad de prorratear dicha paga en las 12 mensualidades naturales.

. Para 1997 y 1998, abonar el importe correspondiente al 1% de las primas netas de cesión o anulación.

Para 1999 y siguientes, consolidar la cantidad que resulte tener mayor cuantía de las contempladas en el párrafo anterior mediante idéntico procedimiento, si bien, la revalorización tendría el tope máximo en 1999 del 4% y en los años siguientes del 3%.

Posibilidad de prorratear dicha paga en las 12 mensualidades naturales.

En ambas ofertas el personal de nuevo ingreso se regirá por una tabla de compensación aneja a la tabla salarial del Convenio.

Posteriormente, en fecha 25 de marzo de 1997, se llegó a un Acuerdo en la Mesa Negociadora (en adelante, el "Acuerdo de 1997"), mediante el cual se suprimía la aplicación del artículo 39 del convenio colectivo vigente en aquel momento, el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (1996-1998), publicado el día 7 de febrero de 1997, sustituyéndose por un sistema alternativo, regulado en los siguientes términos:

"ACUERDO

PRIMERO.- En 1.997, y correspondiendo al ejercicio de 1.996, se procederá al abono por el concepto de Participación en Primas de la cantidad resultante de multiplicar 7 pagas de la suma del salario base mensual, más antigüedad, que a fecha 31 de Diciembre de 1.996 tuviera asignado cada empleado.

SEGUNDO.- En 1.998, y años sucesivos, la Paga de Participación en Primas prevenida en el Art. 39 del vigente Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, o las que en su lugar pudieran establecerse en el futuro mediante Convenios posteriores, o en cualquier otra norma o disposición legal, por dicho concepto de Participación en Primas, no serán de aplicación para los empleados de SANITAS, S.A. de Seguros, siendo sustituida dicha paga de

La siguiente manera:

En el ejercicio 1.997, se procederá a integrar como concepto salarial no absorbible ni compensable, entre los empleados de alta a la fecha de 31 de Diciembre de 1.996, la cantidad resultante según el cálculo indicado en el punto PRIMERO, revalorizada tal y como se establece en el punto TERCERO utilizándose como base de cálculo para el reparto del importe resultante, la suma de salario base más antigüedad que cada empleado tuviera asignada a 31/12/1.996.

Dicha cantidad se abonará mediante la creación de un nuevo concepto salarial denominado "Complemento Participación en Primas", el cual tendrá el carácter de no absorbible ni compensable, abonándose de una sola vez, la cuantía total, con la excepción para aquellas personas que ya tengan prorrateada parte de la misma, los cuales percibirán la diferencia, en el mes de Marzo del año siguiente al del ejercicio que corresponda.

TERCERO.- Anualmente este concepto evolucionará en la misma cuantía en que lo haga el L.P.C., con el tope máximo del 3%.

CUARTO.- Los trabajadores de nuevo ingreso, que asimismo quedarán excluidos de la aplicación del vigente Art 39 del Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, y de las normas que en el futuro regulen el concepto Participación en Primas, percibirán en función del nivel que tengan asignado, las cantidades que se señalan en la tabla aneja, a partir de la fecha de su ingreso por



el concepto "Complemento Participación en Primas". La citada tabla se revalorizará anualmente en idénticas circunstancias a las expresadas en el punto TERCERO.

Este concepto se abonará y revalorizará asimismo de modo idéntico al convenido en el punto TERCERO, teniendo igualmente el carácter de no absorbible ni compensable.

QUINTO.- Se acuerda asimismo que aquellos trabajadores que ingresen con posterioridad al 1 de Enero o cesen antes del 31 de Diciembre, percibirán como "Complemento Participación en Primas", la parte proporcional al tiempo de permanencia en la Empresa durante el ejercicio del que se trate.

SEXTO.- Las sumas consolidadas se entienden referidas a la jornada habitual, de manera que los empleados que tengan jornada reducida, o la redujeran o aumentaran en el futuro, reducirían o aumentarían el complemento de Participación en primas proporcionalmente.

SÉPTIMO.- Finalmente, se establece que el presente Pacto deroga y sustituye a cualquier otro anterior suscrito en la Mercantil Sanitas S.A. de Seguros en lo que a participación en primas se refiere.

OCTAVO.- Ambas partes convienen asimismo en elevar escrito a la Dirección General de Trabajo, adjuntando el presente Acuerdo y las distintas actas de reunión, a fin de que el mismo se publique en el Boletín Oficial del Estado como anexo al Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo de ámbito Estatal. "

SEXTO.- El Acuerdo fue presentado a la Dirección General de Trabajo para su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado por ser el citado Acuerdo de aplicación en todos los centros de trabajo establecidos dentro del territorio nacional.

Mediante escrito de la Dirección General de Trabajo de 21 de abril de 1997 se comunicó a la mesa negociadora que no era posible la ratificación solicitada en una materia donde la legislación vigente no contempla la intervención de la Autoridad Laboral y tampoco resulta posible proceder a la publicación en el BOE del Acuerdo mencionado habida cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del ET, tal trámite está previsto para los convenios colectivos negociados conforme a lo regulado en el título III de la citada norma.

Asimismo, y tras ser denegada la anterior solicitud por la Dirección General de Trabajo, Sanitas remitió copia del Acuerdo de 25-03-1987 a UNESPA, Comisión Mixta-Paritaria de interpretación y seguimiento del convenio, a efectos de informar sobre la aplicación de este Acuerdo en sustitución de la regulación para la participación en primas prevista en el convenio colectivo, fundamentando todo ello en la autonomía concedida por el mismo y voluntad de las partes a obligarse por el mencionado Acuerdo. (Hecho reconocido por la parte demandada).

El pacto de 25 de marzo de 1997, nace bajo la vigencia del convenio colectivo para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo vigente para los años 1996 a 1998 (BOE 7 de febrero de 1997), cuyo artículo 39.1 regulaba la participación en primas, el artículo 39.2 autorizaba la suscripción de este tipo de pactos sustitutivos de la regulación prevista en el Convenio Colectivo Sectorial Estatal. (Descripción 47, doc. nº 2 de la demandada).

SÉPTIMO.- De las tablas salariales para el año 1997 (2ª fase) y las cuantías recogidas en la tabla anexa del Acuerdo de 1997 resultan las cuantías percibidas por este concepto en el momento de la conclusión del Acuerdo de 1997, por los trabajadores que ya prestaban servicios para Sanitas (según los salarios percibidos a 31 de diciembre de 1996) y los que ingresarían posteriormente pertenecientes al mismo grupo y nivel salarial (cuantías expresadas en pesetas), que se reflejan en el cuadro contenido en el hecho quinto de la demanda, que se da por reproducido, de donde resulta:

a) Que la cuantía percibida en el momento de la conclusión del Acuerdo para trabajadores que ya prestaban servicios para Sanitas a 31 de diciembre de 1996 se calculaba multiplicando por 7 pagas de la suma del salario base mensual, más antigüedad, que a fecha 31 de Diciembre de 1.996 tuviera asignado cada empleado.

b) Los trabajadores de nuevo ingreso, por este mismo concepto y a partir del Acuerdo percibirían el sueldo de las tablas salariales del convenio vigente en aquel momento por 3,5 pagas, según se desprende de la tabla anexa del Acuerdo.

OCTAVO.- La existencia de un régimen propio en la Sociedad respecto del complemento de participación en primas no fue algo que novedosamente se introdujera por el Acuerdo de 1997. En este sentido, existen acuerdos anteriores entre la Dirección de la Sociedad y la representación legal de los trabajadores, concretamente de fechas 1 de marzo de 1989 y 10 de diciembre de 1993 en los que ya se regulaba de forma autónoma la participación en primas.



- En el Acuerdo de 1 de marzo de 1989 suscrito por la Dirección y el Comité de empresa de Sanitas S.A. la Dirección propone llevar a efecto un calendario para los dos próximos años de armonización de la subida del porcentaje de reparto de primas en la forma siguiente:

- a) El presente año se abonará, en concepto de participación en primas, el 0,75%.
- b) Para el año 1990 y sucesivos, el porcentaje de participación en primas será del 1% o el que se fije por convenio colectivo del sector, si este fuera superior.

- En el Acuerdo de 10 de diciembre de 1993 suscrito por la empresa y el Comité de empresa de centro de trabajo de oficinas centrales y, las Secciones Sindicales Estatales De CC.OO y UGT se establece:

El número de mensualidades a abonar a todos los empleados de Sanitas en concepto de la Paga de Participación en Primas a que hace referencia tanto la Ordenanza Laboral, de Entidades de Seguros, como el vigente Convenio Colectivo de las Entidades Aseguradoras y el Acuerdo de fecha 1.0 3.89 suscrito entre el Comité de empresa y la Dirección (1% de las primas emitidas netas de anulación y cesión, más 1% de lo recaudado por uso de la denominada Tarjeta Clientes-antes cheques) , se obtendrá de dividir la cantidad resultante de los indicados porcentajes entre la suma de los salarios base (según la tabla salarial vigente en Sanitas) y de los complementos personales de antigüedad, más la asimilación económica a la categoría superior por antigüedad, conceptos todos ellos devengados por el personal al 31 de diciembre del ejercicio de que se trate.

La tabla salarial de Sanitas que será de aplicación para todos los empleados de la compañía, sustituirá a la del Convenio a todos los efectos. Dicha tabla será incrementada en el mismo porcentaje, que lo haga el Convenio Colectivo del sector o mejoras existentes sobre el mismo.

Con base en la anterior operación, para el año 1996 correspondió número de 6,73 pagas, el cual se estableció finalmente en 7 pagas para los trabajadores que prestaron servicios para Sanitas en el año 1996 que devengaron 7 pagas en dicho ejercicio 96 a abonar en el ejercicio 1997, tal y como se estableció en el Acuerdo Primero del Pacto de 25 de marzo de 1997. (Hecho conforme)

NOVENO.- En fecha 22 de mayo de 2017 se celebró el procedimiento de mediación promovido por FeSMC - UGT frente a Sanitas S.A. de Seguros, sobre nulidad parcial del Acuerdo de 25 de marzo de 1997, que finalizó teniendo como resultado la falta de acuerdo entre las partes intervinientes."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, siendo admitido a trámite por esta Sala y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso improcedente. Se señaló para la votación y fallo el día 21 de mayo de 2019.

SEXTO.- Por providencia de 21 de mayo de 2019 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado, se convocó a todos los Magistrados de esta Sala y se fijó un nuevo señalamiento para la votación y fallo para el día 19 de junio actual en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. - La "Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT" presentó demanda de conflicto colectivo, -- a la que se adhirieron los inicialmente codemandados "Sección Sindical CC.OO. en Sanitas S.A." y "Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A." --, contra la empleadora "Sanitas, S.A. de Seguros", habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, en cuyo suplico instaba que se declarara la nulidad parcial del Acuerdo de 25-03-1997 " *por contravenir el principio constitucional de igualdad, condenando a la sociedad demandada a aplicar a todos los trabajadores el mismo régimen en materia de participación en primas; concretamente ello supondría la declaración de nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo de 1997, debiéndose aplicar a todos los trabajadores el mismo número de pagas con independencia de la fecha de su ingreso en la empresa* ".

2.- La sentencia de instancia (SAN 07-09-2017 -autos 179/2017), -- ahora recurrida en casación ordinaria por el sindicato demandante --, acogió el motivo procesal de oposición empresarial (inadecuación procedimental), transformando el procedimiento de conflicto colectivo a la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos respecto a la pretensión de nulidad parcial del Acuerdo y afirmó, por otra parte, que la declaración sobre los efectos derivados de tal posible nulidad debía de plantearse a través de un proceso de conflicto colectivo, y que al no ser acumulable dicho procedimiento impugnatorio de convenio colectivo con el de



conflicto colectivo, se dejaba imprejuizada esta última pretensión; y en cuanto a la primera pretensión (nulidad parcial del Acuerdo), la misma fue desestimada.

SEGUNDO.- 1 .- La empresa demandada, con alegado amparo en el art. 211.1.II LRJS , relativo al escrito de impugnación del recurso de casación ordinaria, – en el que se preceptúa que " *En el mismo se desarrollarán por separado los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados de contrario y las causas de inadmisión que estime concurrentes, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por ésta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, observando análogos requisitos que los exigidos para la formalización del recurso* " –, formula motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos; los que se examinarán en primer lugar.

2. - Con carácter previo debe recordarse que es doctrina de esta Sala de casación, – contenida, entre otras, en las SSTs/IV 09-02-2016 (rco 83/2016), 14-09-2016 (rco 247/2015) y en las en ellas se citan –, en interpretación del precepto procesal citado, que la finalidad de la previsión contenida en el art. 211 LRJS no es la que la parte que no ha recurrido en forma una sentencia pretenda que ésta sea revocada en base en nuevos hechos y argumentaciones que la parte pudiera aportar por dicha vía, sino, al contrario, tales posibles datos y razonamientos debe ir dirigidos, en su caso, a la confirmación de la sentencia impugnada. Argumentándose, en lo esencial, que:

<< La introducción en la LRJS de la expresa ampliación del contenido de los escritos de impugnación en los recursos de suplicación y de casación ordinaria (art. 197.1 y 211.1.II LRJS), así como la del posterior trámite de audiencia o alegaciones a favor de las otras partes cuando se hubieren formulado motivos o causas de oposición subsidiarias (arts. 197.2 y 211.3 LRJS), tiene como fundamento la adaptación de la normativa procesal social a la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras: a) En la STC 91/2010, de 15 de noviembre , en cuanto establece la obligación de resolver, en su caso, sobre las pretensiones contenidas, explícita o implícitamente, en los escritos de impugnación reconociendo "la vulneración del art. 24.1 CE en la vertiente de motivación cuando el silencio sobre la segunda pretensión provoca resultados irregulares o paradójicos (STC 200/1987, de 16 de diciembre ..., y STC 227/2002, de 9 de diciembre ...), o cuando es posible interpretar que la pretensión estaba implícita (STC 218/2003, de 15 de diciembre)", así como con respecto a la "reformatio in peius", entendiéndose que "la interdicción de la reformatio in peius, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE , tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985 ...; 116/1988 ...; 56/1999 ...; 16/2000 ...; 28/2003 ...; 249/2005 ...) y que "Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000 ...); o b) En la STC 4/2006, de 16 de enero , en la que se aceptaba en un recurso de suplicación la formulación en el escrito de impugnación de alegaciones como la analizada en dicho recurso de amparo "en la que el impugnante en fase de recurso se opone a una relación de hechos probados que, si se considerara inalterada al no existir oposición del recurrente al relato de la Sentencia de instancia, podría favorecer la estimación del recurso al dar lugar a una distinta aplicación del Derecho", concluyendo que "En suma, la parte de un litigio laboral que, beneficiada por el pronunciamiento recaído en la instancia, se encuentra con que éste, recurrido, se sustenta en un relato de hechos probados que no se atiene a prueba documental o pericial válidamente practicada en autos e inequívocamente expresiva de un hecho capital para sustentar la decisión dictada y sin el cual ésta podría revocarse, podrá hacer valer su interés a través de su escrito de impugnación, teniendo derecho a una respuesta congruente del órgano judicial que considere sus alegaciones", pero advirtiendo que ello no puede comportar la vulneración del "derecho de defensa de la parte recurrente en suplicación" a la que debía ofrecérsele "un trámite de audiencia ... en el que tenga oportunidad de alegar sobre la cuestión fáctica objeto de controversia" y, por tanto, recomendaba que "resultaría conveniente introducir dicho trámite de audiencia en la Ley de procedimiento laboral, para atender debidamente a los imperativos del derecho de defensa en supuestos como el que viene de analizarse, o como en otros recientemente abordados por este Tribunal (STC 53/2005, de 14 de marzo ...). De otro modo, no dando audiencia en casos como los citados, sufriría la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso, que no puede desconocerse por los órganos judiciales ">>.

Continúa estableciendo que *<<El citado art. 197.1 LRJS ha sido interpretado por esta Sala en su STS/IV 15-octubre-2013 (rcud 1195/2013 a instancia del Ministerio Fiscal) relativa al escrito de impugnación en un recurso de suplicación y a sus conclusiones debemos de estar con respecto al ahora aplicable art. 211.1.II LRJS , dado su análogo contenido e idéntica finalidad, así como por la correlación entre los arts. 202.3 y 203.1 y 2 LRJS referentes al recurso de suplicación invocados en dicha sentencia en apoyo de la tesis interpretativa*



que defiende y los arts. 215.c) y 216.1 LRJS relativos al recurso de casación ordinario ahora aplicables>> y <<En dicha sentencia se concluye que "A la vista de los antecedentes jurisprudenciales y redacción actual del artículo 197 LRJS forzoso es concluir que en el escrito de impugnación del recurso de suplicación el impugnante puede limitarse a oponerse al recurso de suplicación o puede alegar: - Motivos de inadmisibilidad del recurso; - Rectificaciones de hechos; - Causas de oposición subsidiarias", que "En dicho escrito únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida. En modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada" y que <<Dicha conclusión se obtiene de los siguientes motivos: 1º.- El propio tenor literal del precepto, que no establece que en el escrito de impugnación se pueda solicitar la revocación de la sentencia impugnada.- 2º.- El contenido de los artículos 202 y 203.1 y 2 LRJS que, al regular los efectos de la estimación del recurso, contemplan única y exclusivamente el recurso, no la impugnación del mismo.- 3º.- El contenido del artículo 202.3 LRJS que dispone: "De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 193, la Sala resolverá lo que corresponda... dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes". De dicho precepto no resulta que de estimarse, en su caso, las alegaciones contenidas en el escrito de impugnación, proceda alterar el contenido del fallo.- 4º.- La naturaleza del escrito de impugnación que, aún con toda la amplitud que le da el precepto, no es un recurso de suplicación, por lo que nunca puede alcanzar a revocar la sentencia recurrida por la otra parte.- 5º.- El contenido del artículo 211 de la LRJS, que regula la impugnación del recurso de casación establece: " ... ". De la lectura de dicho precepto claramente resulta que en el escrito de impugnación del recurso de casación -el de impugnación del recurso de suplicación tiene similar naturaleza- se pueden introducir otros motivos subsidiarios -distintos a la mera impugnación de cada uno de los motivos de casación, o a la alegación de causas de inadmisión- pero dichos motivos tienen por objeto fundamentar el fallo de la sentencia recurrida, no su revocación total ni parcial.- 6º.- De admitirse que la impugnación puede alcanzar a revocar la sentencia impugnada de contrario, en el supuesto de que la recurrida no fuera trabajador, causahabiente suyo o beneficiario de la seguridad social, no tendría que dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 229 -depósito para recurrir- y 230 -consignación de cantidad- de la LRJS, con lo que se frustraría la finalidad perseguida por dichos preceptos de evitar recursos dilatorios y asegurar el cumplimiento de una eventual condena futura.- 7º.- La jurisprudencia constitucional inspiradora de la reforma del precepto, tal y como resulta de la exposición de motivos, admite la posibilidad de revisar los hechos probados y aducir nuevos fundamentos jurídicos en el escrito de impugnación, pero siempre limitados a la inadmisión o desestimación del recurso, no a la revocación de la sentencia impugnada >>.

TERCERO.- 1.- Articula la empresa, en su escrito de impugnación referido ex art. 211.1.II LRJS, tres motivos relativos a la rectificación de hechos por considerar que en la sentencia de instancia concurre error en la apreciación de la prueba (art. 207.d LRJS), en concreto pretende:

a) La adición de un nuevo HP 10, por alegado error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos que invoca, instando se adicione: " La normativa sobre el Plan de Bono General aplicable en Sanitas, establece en el punto 3.1 (Cálculo del bono), Paso 1: Importe Target, entre otros extremos, que el importe target del bono se obtendrá como resultado de aplicar el porcentaje sobre el salario bruto anualizado del empleado (excluido el concepto retributivo de exceso de participación en primas para los empleados a los que se les aplique) o bien será una cantidad de referencia "; alegando, con tal finalidad, su necesidad para evidenciar el grave error en que incurre la sentencia recurrida al omitir la valoración de la indicada prueba, que acredita el mayor perjuicio y peor tratamiento en el cálculo de la retribución variable del colectivo de empleados denominado de las 7 pagas, respecto del colectivo de las 3,5 pagas, pues a la hora de calcular la retribución variable se tiene en cuenta el salario bruto anualizado del empleado, pero con exclusión del concepto retributivo de exceso de participación en primas para los empleados a los que se les aplique, " de lo que resulta una menor base para calcular la retribución variable en el colectivo de 7 pagas, respecto del colectivo de 3,5 pagas, como así ha ratificado, además, la testigo de RR.HH. de Sanitas ...", por lo que no existiría una ventaja económica para los empleados que perciben las 7 pagas, respecto del colectivo de empleados que cobran las 3,5 pagas.

Dejando aparte que las conclusiones que pretende no pueden derivarse de una prueba testifical por ser inidónea a los fines de la revisión fáctica (art. 207.d LRJS) y, aunque hipotéticamente se diera por existente el referido Plan, no consta, como impugnan los recurrentes, a que empleados de la empresa se aplica y en que periodos se ha efectuado al tener limitada su vigencia al año 2017; y tampoco consta que el cálculo de dicho bono se realice con la exclusión del concepto retributivo de exceso de participación en primas para los empleados a los que se les aplique. Por lo que esta adición debe ser denegada.

b) La adición de un nuevo párrafo final al HP 3º, en el que indique que " El vigente Convenio Colectivo Estatal de Entidades de Seguros para los años 2016 a 2019 consta al documento 8 de Sanitas, (descripción 53) y se da por reproducido ".



Lo que debe rechazarse, puesto que un convenio colectivo estatutario es una norma jurídica publicada en el BOE y no un hecho, como, entre otras, destaca la STS/IV 12- 04-2011 (rco 136/2010) al señalar que << *la rectificación tiene que rechazarse, porque no se trata propiamente de la inclusión de un hecho, sino de una norma que ha sido objeto de publicación oficial y que, por tanto, puede ser tenida en cuenta por la Sala, sin necesidad de hacerla constar en los hechos probados, siempre que esa norma se haga valer mediante una denuncia amparada en el apartado e) del art. 205 de la LPL* >>; y

c) La adición de un nuevo HP 11º, en el que conste que " *Consta al documento 10 (descripción 55) de Sanitas, S.A. de Seguros, el Informe Pericial, de fecha 11 de julio de 2017, elaborado por D. Edmundo y D. Eladio de la consultora Forest Partners, con sus anexos 1 a 9 (descripciones 56 a 65), informe que ha sido ratificado en la vista oral por ambos peritos que damos por reproducido* ". De tal adición pretende la empresa impugnante, – partiendo de que se trata de documentos con eficacia probatoria plena incorporados a las actuaciones, de manera incuestionable, que evidencian el grave error en la omisión de la valoración de la citada prueba, de forma clara, directa y patente, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas –, que por esta Sala de casación se deduzca que " *a sueldos brutos iguales o similares entre empleados de ambos colectivos, el importe a detracer al colectivo de las 7 pagas es superior (5 pagas) que el importe a detracer (1,5 pagas) al colectivo de las 3,5 pagas y, en consecuencia, la base de cálculo resultante para determinar la retribución variable es inferior en el colectivo de las 7 pagas respecto del colectivo de las 3,5 pagas [páginas 82 a 84 del Informe Pericial, así como Anexo 2 (descripción 57) punto 3.1 (Cálculo del bono). Paso 1: Importe Target] como ya se ha expuesto en el tercer motivo de impugnación* ".

El motivo debe ser rechazado; aunque se incluyera la existencia en autos de tales dictámenes periciales ratificados en juicio, como se insta de manera genérica, ello no basta para entender que todas son conclusiones sean irrefutables y debieran ser aceptadas por esta Sala, con omisión del resto de pruebas practicadas en el acto del juicio y tenidas en cuenta en la sentencia impugnada; dejando incluso aparte, como se advierte por la parte actora en oposición a la referida adición fáctica, entre otros extremos, que en la empresa existen hasta 6 planes distintos de incentivos en función del colectivo afectado como aportó dicha parte documentalmente, que no consta que para el cálculo de la RV se detraiga el exceso de compensación en primas del sueldo bruto, que el que se haya perpetuado en el tiempo un trato desigual y haya decrecido el número de empleados del primer colectivo por el transcurso del tiempo (14,8% sobre la plantilla total de empleados de la sociedad, conforme alega ésta última) no justifica el diferente tratamiento y que el informe pericial en su Anexo VII pone de manifiesto la diferencia de trato salarial en función de la fecha de ingreso anterior o posterior al 31 de diciembre de 1996.

2. - Por otra parte, articula la empresa, en su escrito de impugnación referido ex art. 211.1.II LRJS, dos motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia, pretendiendo que:

a) De no aceptarse la inclusión y valoración del informe pericial en la forma instada anteriormente, se considera que la Sala de Instancia no ha valorado dicho informe y que ello le genera indefensión (arts. 93.1 LRJS y 24 CE).

Lo que debe ser rechazado, pues como se ha advertido anteriormente, la parte que no recurre no puede, a través de las facultades que le otorga el art. 211.1.II LRJS, pretender, en realidad, que se decrete la nulidad de la sentencia impugnada por la otra parte, dado que sus razonamientos por esta vía deben ir dirigidos exclusivamente, en su caso, a la confirmación de la sentencia impugnada; y

b) Se declare que no se vulnerado por la empresa el art. 14 CE, dando por reproducidos los motivos de su impugnación y adicionando, en síntesis, que, si se considera que el Acuerdo cuestionado tiene una significación normativa análoga a la de un convenio extraestatutario, en tal caso se estime que el Pacto de 25-03-1997 no crea un concepto retributivo con elementos de cálculo dinámicos, sino que fija unos importes estáticos, que se revalorizan del mismo modo para ambos colectivos de trabajadores; que se limita a consolidar a futuro, las cantidades devengadas en 1996 y percibidas en 1997 por el viejo concepto "participación en primas"; y que la cuantificación de un concepto retributivo en función de la fecha de ingreso es posible cuando consta una justificación razonable.

Extremos a los que se dará respuesta al analizar los motivos del recurso y de la impugnación ordinaria.

CUARTO.- 1.- La empresa demandada entre las causas de impugnación del recurso esgrime, como motivo previo, que la parte actora, ante las alegaciones empresariales en el acto del juicio sobre la inadecuación del procedimiento y sobre y sobre la naturaleza estatutaria o extraestatutaria del Acuerdo cuestionado, nada manifestó, por lo que " *en sede de casación no puede plantear de nuevo debate que no quiso plantear en la instancia* ".

2.- Este calificado como motivo previo de impugnación debe ser desestimado. La mera circunstancia de que, ante la alegación de un concreto motivo de oposición por parte de la demandada, bien de carácter procesal o



de fondo, la parte actora, que se ratificó en su demanda, no formule expresa contestación, ello no comporta que acepte tácitamente dicho motivo y que ya no pueda en el recurso correspondiente introducir como unos de sus motivos las referidas cuestiones; tanto más, cuando tal interpretación empresarial del alegado silencio no se valoró en tal forma en la sentencia de instancia, habiendo entrando con detalle la Sala en la cuestión de la adecuación o no del procedimiento de conflicto colectivo planteado por la parte demandante (FD 3º, en el que, además, expresamente señala que a tal inadecuación se opuso la parte demandante) y, por otra parte, declarando la naturaleza extraestatutaria del Acuerdo cuestionado (FD 5º) y, precisamente, en base a tal naturaleza, como dato esencial, se fundamenta la resolución ahora recurrida para negar la existencia de doble escala salarial lesiva del principio de igualdad (FD 6º y 7º).

QUINTO.- 1.- Alega también la empresa demanda, como otro calificado como motivo previo de oposición a la impugnación actora, que el escrito de interposición del recurso de casación ordinario, incumple lo preceptuado en el art. 210.2 LRJS, en el extremo relativo a que deberá expresar " *el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas* ".

2.- Como recuerda, entre otras, la STS/IV 20-09-2016 (rcd 254/2015), en interpretación del art. 210 LRJS sobre el escrito de interposición del recurso de casación ordinario:

<< Esta Sala de casación interpretando la norma procesal social referida, como, en esencia a los recursos de casación ordinario y de unificación de doctrina, ha establecido reiteradamente, como señalan, entre las más recientes, las SSTS/IV 8-julio-2014 (rcud 1897/2013) y 17-febrero-2016 (rcud 3733/2014) que <<como recuerdan, entre otras, las STS/IV 27-diciembre-2011 (rcud 1061/2011) y 24-septiembre-2012 (rcud 3643/2011), era reiterada la jurisprudencia de esta Sala acerca del cumplimiento del requisito consistente en "fundamentar la infracción legal denunciada" exigido en el art. 222 de la ahora derogada LPL (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), "señalando que el recurso de casación para la unificación de doctrina, como extraordinario que es, debe estar fundado en un motivo de infracción de ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal y en tal motivo se debe establecer y justificar la causa de impugnación de la sentencia recurrida. Esta exigencia no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia. Así se deduce no sólo del artículo 222 de la LPL, sino de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 477.1 prescribe que el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y que en el artículo 481.1 impone que en el escrito de interposición del recurso se expondrán con la necesaria extensión, sus fundamentos (TS 18-4-2007, R. 5340/05, entre otras muchas)". Con doctrina seguida y aplicada, entre otras muchas, en SSTS/IV 20-enero-2014 (rcud 763/2013), 3-marzo-2014 (rcud 1688/2013), 27-octubre-2014 (rcud 3172/2013), 11-noviembre-2014 (rcud 2793/2013), 12-noviembre-2014 (rcud 1599/2013), 15-diciembre-2014 (rcud 965/2014), 4-febrero-2015 (rcud 3207/2013), 10-febrero-2015 (rcud 1680/2014), 18-marzo-2015 (rcud 3135/2013), 15-junio-2015 (rcud 1979/2014) y 21-julio-2015 (rcud 189/2014) >>.

3.- En el presente caso, como destaca el Ministerio Fiscal, y en cuanto al primer motivo articulado en el escrito de interposición del recurso, en el mismo se hace expresa referencia a los preceptos procesales que se consideran infringidos sobre el procedimiento idóneo, en concreto a los arts. 153 y 163 LRJS sobre las distintas modalidades procesales en cuestión y al preámbulo de dicha norma procesal, con crítica a la solución adoptada en instancia y a la sentencia de casación en la que se fundamenta, lo que se estima suficiente por esta Sala para entender cumplida la exigencia ex art. 210.2 LRJS: y en cuanto al segundo motivo, sobre la doble escala salarial, se fundamenta la parte recurrente especialmente en las sentencias constitucionales que invoca y en el art. 14 CE, razonando sobre su pretendida aplicabilidad; lo que se interpreta por esta Sala que, en el presente caso, es suficiente para cumplir el requisito legal, por lo que debe desestimarse el referido motivo de oposición empresarial.

SEXTO.- 1.- Opone asimismo la empresa impugnante, entre otros de sus calificados como motivos previos de oposición, que el recurso debería haber sido inadmitido por falta de contenido casacional al haber ya desestimado está Sala en cuanto al fondo las mismas cuestiones en otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

2.- Aunque es causa de inadmisión del recurso de casación ordinario " *la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales* " (art. 213.4 LRJS), la Sala no la interpretado en la forma pretendida por la empresa impugnante, ni en un momento o fase inicial de admisión o inadmisión (art. 213.5 LRJS), ni en la fase posterior como posible causa de inadmisión que comportaría la desestimación del recurso (art. 214 y 215 LRJS), tanto más cuanto la empresa impugnante no concreta las pretendidas resoluciones de esta Sala de casación que hubieran ya resuelto en



sentido concordante con el de la sentencia de instancia las cuestiones de la doble escala salarial en relación concreta con el Acuerdo litigioso o en circunstancias de sustancial identidad de hechos, fundamentos y pretensiones; y, por otra parte, como recuerda, entre otras, la STS/IV 27-02-2019 (rco 218/2017), <<... no cabe, a priori denunciar falta de contenido casacional porque en el recurso se combata la interpretación que el órgano de instancia ha efectuado de uno o varios preceptos de un convenio colectivo, ya que la Sala de casación habrá de examinar si es acertada o no la interpretación efectuada por el órgano de instancia. A mayor abundamiento hay que señalar que en el presente recurso, además de la interpretación de un determinado precepto del Convenio Colectivo aplicable, se denuncia la infracción de diversas normas del ordenamiento jurídico >>.

SÉPTIMO .- 1.- Entrando ya a conocer del contenido del escrito de recurso casacional, la parte recurrente, en su primer motivo de impugnación de la sentencia de instancia, pretende que se declare que la modalidad procesal de conflicto colectivo que instó era la adecuada para pretender la nulidad de una de las cláusulas del Acuerdo cuestionado así como para determinar los posibles efectos de tal declaración de nulidad, oponiéndose a la conclusión a la que llega la sentencia impugnada que, acogiendo el motivo de oposición empresarial, transformó el procedimiento a la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos respecto a la pretensión de nulidad parcial del Acuerdo y afirmó, por otra parte, que la declaración sobre los efectos derivados de tal posible nulidad debía de plantearse a través de un proceso de conflicto colectivo, y que al no ser acumulable dicho procedimiento impugnatorio de convenio colectivo con el de conflicto colectivo, dejó impregunada ésta última pretensión, sin perjuicio, se afirmaba, de los posibles efectos de cosa juzgada.

2.- Este motivo de casación debe ser estimado, partiendo, esencialmente, los razonamientos que a continuación se expresan que nos llevan a la conclusión de que tras la entrada en vigor de la LRJS la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y a los laudos sustitutivos de éstos.

3.- En el propio Preámbulo LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) se afirma claramente que " *En los Capítulos VIII y IX se regulan los procesos en materia de conflictos colectivos y la impugnación de convenios colectivos de eficacia general y de los laudos sustitutivos de éstos, remitiendo, para el caso de las demandas contra cualquier otro tipo de pactos o acuerdos, exclusivamente al proceso de conflictos colectivos* ".

4.- De la comparación de ambos textos procesales en lo que afecta a las modalidades procesales ahora en cuestión, la derogada LPL (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral) en relación con la vigente LRJS, se traslucen las diferencias normativas en el sentido anunciado en el Preámbulo de la LRJS. Así:

a) En la derogada LPL, aunque en la modalidad procesal de la impugnación de convenios colectivos el texto del art. 161.1 (" *1. La impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros podrá promoverse de oficio ante el Juzgado o Sala competente mediante comunicación remitida por la autoridad laboral correspondiente* ") coincidía, en lo esencial, con el actual 163.1 LRJS (" *1. La impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promoverse de oficio ante el juzgado o Sala competente, mediante comunicación remitida por la autoridad correspondiente* "), adicionado únicamente a los laudos arbitrales que ostenten idéntica eficacia general que los referidos convenios;

b) Sin embargo de otras normas introducidas en la posterior regulación cabe entender reforzada la exigencia de que tengan el carácter de normas de eficacia general las que se impugnen a través de tal modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos; a modo de ejemplo, las relativas al plazo de impugnación en que, acorde a la forma en que por la jurisprudencia contencioso-administrativa se interpretaba en relación con las impugnaciones de disposiciones reglamentarias de carácter general, se establece el límite de su vigencia (art. 163.3: "... *mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional* "); o las normas afectantes a las consecuencias de la apreciación de ilegalidad en la impugnación individual de un convenio colectivo de eficacia general combatiendo sus actos aplicativos (art. 163.4: "... *El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos* ").

c) Pero donde con mayor fuerza se evidencia la diferencia de regulación es en la supresión de la frase " *cualquiera que sea su eficacia* " que figuraba en la norma derogada para determinar la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo (art. 163.1 LPL: " *1. La legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde : ...* ") y que ahora



ya no parece en la norma vigente (art. 165.1 LRJS : " 1. *La legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde: . .*".). Recordemos que, precisamente, la jurisprudencia social, con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, se fundaba en dicho párrafo para entender que la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos se extendía tanto a los convenios colectivos - estatutarios y extraestatutarios- como a los acuerdos colectivos y pactos de empresa; como recordaba, entre otras, la STS/IV 26-01-2010 (rcud 230/2009), – con cita de las precedentes SSTS/IV 16-05-2002 (recurso 1191/2001), 18-02-2003 (recurso 1/2002), 29-01-2004 (recurso 8/2003), 21-02-2006 (recurso 88/2004), 14-10-2008 (recurso 129/2007) y 22- 01-2009 (recurso 95/2007) –, argumentando que:

<<" *El motivo no puede prosperar porque con independencia de la naturaleza jurídica que realmente tengan los Acuerdos de referencia, lo que no es aceptable es que el proceso de impugnación regulado en los arts. 161 y sgs esté reservado para la impugnación de los Convenios Colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores , puesto que el art. 163.1 de la propia LPL , situado dentro de la regulación de esta modalidad procesal prevé la posibilidad de utilizarlo por los legitimados para ello "para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia" y por lo tanto también para impugnar los demás acuerdos colectivos como convenios extraestatutarios o pactos de empresa del estilo del aquí impugnado; constituyendo esta posibilidad doctrina de esta Sala apreciable en numerosas sentencias de las que pueden señalarse, entre otras las SSTS de 16 de mayo de 2002 (Rec.-1191/2001) o 18 de febrero de 2003 (Rec.-1/2002), por citar sólo algunas de las más recientes ">>; y que*

<<... *la modalidad procesal de impugnación de convenios [arts. 161 a 164 LPL] se extiende tanto a los Convenios Colectivos -estatutarios y extraestatutarios-, como a los acuerdos colectivos y pactos de empresa (SSTS 16/05/02 -rco 1191/01 -; 18/02/03 -rco 1/02 -; 29/01/04 -rco 8/03 -; y 14/10/08 -rco 129/07 -), porque la remisión que los arts. 161.3 y 163.1 LPL hacen al proceso de conflicto colectivo lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia (SSTS 10/05/95 -rco 994/93 -; 12/02/96 -rco 3489/93 -; y 25/03/97 -rco 1749/96 -) ">>.*

d) Corroborada y evidenciada claramente esta delimitación entre ambas modalidades procesales el art. 153.2 LRJS que, al determinar el ámbito de aplicación del proceso de conflictos colectivos, precisa que se utilizará esta última modalidad procesal, aunque la cuestión de fondo sea la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, al preceptuar que " *También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IX del presente Título* ".

e) Por lo que, en conclusión y como se indicaba en el Preámbulo de la LRJS, la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está ya reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y de los laudos sustitutivos de éstos.

5.- No se comparten, por lo expuesto, los argumentos que se contienen en las SSTS/IV 02-03-2017 (rco 82/20016) y 07-03-2017 (rco 89/2016), que aun de fecha posterior a la entrada en vigor de la LRJS, – y en las que se fundamenta, entre otras, la sentencia de instancia ahora impugnada –, siguen proclamando, en afirmada interpretación de los arts. 163 a 166 LRJS , que la modalidad procesal de impugnación de convenios es aplicable tanto a los convenios colectivos estatutarios, como a los extraestatutarios, acuerdos colectivos o pactos de empresa, aunque la solución final a la que llegan es concorde con la naturaleza normativa del pacto en ellas cuestionado; por lo que procede aclarar, en el sentido anteriormente expuesto, las referidas argumentaciones, es decir, que tras la entrada en vigor de la LRJS la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y a los laudos sustitutivos de éstos.

6.- En el presente caso, el Acuerdo litigioso tiene exclusivamente valor de convenio extraestatutario sin eficacia general y, además, no se cuestiona el art. 39 del " *Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo* " (BOE 07-02-1997) ni se pretende que se aplique el referido precepto convencional y no el Acuerdo, por lo que, la modalidad procesal idónea para conocer de las pretensiones de la parte actora (nulidad parcial del Acuerdo extraestatutario y declaración, en su caso, sobre los efectos derivados de tal posible nulidad) es la de conflicto colectivo, y no la de impugnación de convenio colectivo, – como efectuó de forma jurídicamente inadecuada la sentencia de instancia impugnada, transformando de oficio el procedimiento con alegado fundamento en el art. 102.2 LRJS –, lo que comportó, además, dejar imprejuzgada una de las pretensiones de la demanda (declaración, en su caso, sobre los efectos derivados de tal posible nulidad) por interpretar que debía articularse a través de la modalidad de conflicto colectivo y no poder ser acumulada a la impugnación de convenio colectivo, con invocación del art. 26.1 LRJS .



OCTAVO. - 1.- En su segundo motivo del recurso, la parte recurrente entiende que se estableció un ilegal sistema de " *doble escala salarial* " en el Acuerdo de 25-03-1997, alcanzado entre la Mesa Negociadora y la representación de la Dirección de la Sociedad, mediante el que se sustituía por un sistema propio alternativo al pactado en el Convenio colectivo estatutario aplicable en lo afectante a la " *participación en primas y otros sistemas alternativos* ", como posibilitaba el propio art. 39.2 del " *Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo* " (BOE 07-02-1997), estando encuadrada la demandada, dedicada al ramo de seguros de salud (HP 3º), en el apartado 1.c) (" *entidades aseguradoras en los ramos no citados en los epígrafes precedentes* ").

2.- Este precepto, -- regulador de una forma de participación retributiva de los trabajadores en los beneficios de la empresa, denominada " *Participación en primas y otros sistemas alternativos* " --, dispone, en cuanto ahora más directamente afecta, que:

<< 1. *El personal incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio general participará en cada ejercicio en las actividades y negocios de su empresa en España en concepto de participación en primas, con arreglo a las normas que figuran en los epígrafes siguientes:*

a) *A los efectos del presente Convenio general se entiende por "participación en primas" aquellas cantidades que, formando parte de la estructura retributiva, se abonen en concepto de participación en las actividades y negocios de la empresa en España.*

b) *Las entidades aseguradoras en el ramo de Vida repartirán proporcionalmente entre su personal el 0,50 por 100, o el 0,35 por 100 para la modalidad de capitalización, en las primas recaudadas hasta el ejercicio concluido el 31 de diciembre de 1985. Para el exceso de primas recaudadas sobre la cantidad exigente en la indicada fecha se aplicará el 0,25 por 100.*

Las entidades aseguradoras en el ramo de Enfermedad repartirán proporcionalmente entre su personal...

Las entidades aseguradoras en el ramo de Decesos repartirán proporcionalmente entre su personal... .

La participación, a que se refieren los párrafos anteriores de este epígrafe, se entiende referida a las primas de seguros directos recaudadas en cada ejercicio en los respectivos ramos, una vez deducido de éstas el 7,50 por 100 en concepto de gastos de adquisición, administración y cobranza.

c) *Las entidades aseguradoras en los ramos no citados en los epígrafes precedentes repartirán proporcionalmente entre su personal el 1 por 100 de las primas de seguros directos recaudadas en cada ejercicio, una vez deducido de éstas el 15 por 100 en concepto de gastos de adquisición, administración y cobranza.*

d) *Las entidades exclusivamente reaseguradoras repartirán proporcionalmente entre su personal ...*

e) *De las primas de seguros directos a que se refieren los epígrafes anteriores no se efectuará deducción alguna para reaseguros y retrocesiones, salvo*

f) *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social repartirán proporcionalmente entre su personal ...*

g) *Las deducciones por gastos de adquisición, administración y cobranza establecidas en los epígrafes b), c) y f), no se efectuarán en aquellas entidades, cuyas primas o cuotas anuales en negocio directo excedan de 2.000 millones de pesetas.*

La indicada cifra se actualizará anualmente conforme al IPC acumulado de diciembre a diciembre del año correspondiente al ejercicio del que se deriven los devengos por participación en primas, una vez constatado oficialmente dicho IPC por el INE.

h) *Las empresas harán efectivas las cantidades correspondientes, con arreglo a las normas fijadas en este artículo, con anterioridad al 30 de junio del año siguiente al ejercicio cerrado en 31 de diciembre del año anterior, y el reparto se efectuará conforme a la tabla de salarios base, sin complementos, devengados por el personal en 31 de diciembre del ejercicio de que se trate, sin perjuicio de lo señalado en el apartado o) y disposición transitoria cuarta.*

i) *El mínimo a percibir por el personal comprendido en los epígrafes b), c), d) y f) del presente artículo será de una mensualidad y media abonada conforme a los salarios base, sin complementos, si su recaudación de primas en todos los ramos no rebasa los 2.000 millones de pesetas, y de dos mensualidades de salario base, sin complementos, cuando su recaudación de primas supere aquella cifra, sin perjuicio de lo señalado en el apartado o).*

La cifra de 2.000 millones de referencia establecida en el párrafo anterior se actualizará anualmente conforme al criterio de evolución del IPC señalado en el párrafo segundo del epígrafe g) anterior.



j) El máximo a percibir por el concepto de participación en primas aquí regulado será de diez mensualidades de la tabla de salarios base, sin complementos, sin perjuicio de lo señalado en el apartado o).

En consecuencia, no se considerará a efectos de participación en primas los excesos de recaudación que pudieran llevar a superar el indicado límite.

k) Si en algún caso el importe a repartir a los empleados representase para cada uno de ellos una suma que exceda de la cantidad equivalente a siete mensualidades de la tabla de salarios base, sin complementos, sin perjuicio de lo señalado en el apartado o), empresa y representantes de los trabajadores negociarán el reparto de dicho exceso de la manera que oportunamente lleguen a acordar a nivel de empresa, siempre sobre la base de que, bajo cualquier modalidad, el reparto afecte al conjunto de los trabajadores. De no ser posible el acuerdo, los referidos excesos se repartirán con arreglo a los criterios antes señalados para el abono individualizado de las correspondientes mensualidades.

En todo caso, operará el límite máximo de mensualidades a percibir por este concepto fijado en el apartado j) anterior, o su equivalente en el supuesto de que se hubiere acordado otra forma de reparto a través de la negociación colectiva.

l) Los empleados que cesen en una empresa antes de terminar el ejercicio tendrán derecho a la parte proporcional ...

Los ingresados después de comenzar el ejercicio percibirán la parte proporcional al tiempo trabajado.

m) A efectos de la participación a que se refiere el punto 1 de esta regulación, las cantidades recaudadas en concepto de "primas únicas" ...

n) Las empresas en situación de déficit o pérdidas conforme a lo establecido en el presente Convenio general no vendrán obligadas a aplicar el sistema general de participación en primas, aquí regulado, correspondiéndoles abonar exclusivamente las mensualidades mínimas fijadas en el apartado i) anterior.

Estas empresas deberán volver a la regulación general sobre participación en primas, una vez abandonada la situación de déficit o pérdidas durante un año completo ...

ñ) Las empresas del mismo grupo asegurador o que actúen bajo la misma dirección ...

o) No obstante lo establecido en los epígrafes h), i), j), k) y ñ), al concepto que los mismos se refieren como base de cálculo, se añadirá el complemento por experiencia en los supuestos en que éste proceda conforme a la regulación contenida en el presente Convenio general, sin perjuicio de lo establecido al respecto en la disposición transitoria cuarta.

El salario base a tener en cuenta para participación en primas será el fijado por la tabla de sueldos base para cada nivel retributivo, tomándose como referencia a estos efectos el salario base del nivel retributivo 1 para el personal del grupo profesional 0.

p) La participación en primas correspondiente a los ejercicios 1996, 1997 y 1998 se realizará conforme a las bases que se regulan en la disposición transitoria cuarta número 4.

2. Mediante acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa podrán establecerse otros sistemas con finalidades similares, incluido el prorrateo entre las quince pagas dentro del año.

Las transformaciones que, en su caso, pudieran tener lugar habrán siempre de respetar el principio de neutralidad en costes y retribuciones a que se refiere la disposición transitoria primera, así como, en todo caso, el principio de equidad en la nueva regulación que se origine. En todo caso, para contribuir a que tales sistemas puedan implantarse con las oportunas garantías y racionalidad, la Comisión Mixta de Interpretación del Convenio general podrá facilitar orientaciones o pautas generales. Una vez adoptado el correspondiente acuerdo a nivel de empresa las partes remitirán su contenido a la Comisión Mixta a efectos informativos.

3. La anterior regulación lo será sin perjuicio de otros sistemas ya acordados por Convenio Colectivo a nivel de empresa, siempre que el sistema retributivo de los mismos mejore en su conjunto y cómputo anual la globalidad del sistema retributivo aquí establecido, y respete el principio de equidad referido en el número 2 anterior >>.

3.- En el ahora cuestionado Acuerdo de 25-03-1997, alcanzado entre la Mesa Negociadora y la representación de la Dirección de la Sociedad, se suprimía la aplicación del antes transcrito art. 39 del Convenio colectivo, sustituyéndose por un sistema propio alternativo al Convenio, por el que a partir del ejercicio 1997, los trabajadores en alta en la sociedad a 31-12-1996 integrarían como concepto salarial de " complemento de participación en primas " la cantidad resultante de multiplicar 7 pagas por el salario base mensual, más antigüedad, asignado en dicha fecha; mientras que los trabajadores ingresados en la sociedad a partir del día 01-01-1997, recibirían por el concepto de " participación en primas " las cuantías especificadas en la tabla anexa



del Acuerdo, esto es, un número de 3,5 pagas. Uno y otro concepto se revalorizarían anualmente de acuerdo con mismo criterio, conforme a la evolución del IPC, con el tope máximo del 3%. En concreto se pactó que:

<<" ACUERDO

1º.- En 1.997, y correspondiendo al ejercicio de 1.996, se procederá al abono por el concepto de Participación en Primas de la cantidad resultante de multiplicar 7 pagas de la suma del salario base mensual, más antigüedad, que a fecha 31 de Diciembre de 1.996 tuviera asignado cada empleado.

2º.- En 1.998, y años sucesivos, la Paga de Participación en Primas prevenida en el Art. 39 del vigente Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros , Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, o las que en su lugar pudieran establecerse en el futuro mediante Convenios posteriores, o en cualquier otra norma o disposición legal, por dicho concepto de Participación en Primas, no serán de aplicación para los empleados de SANITAS, S.A. de Seguros, siendo sustituida dicha paga de la siguiente manera:

En el ejercicio 1.997, se procederá a integrar como concepto salarial no absorbible ni compensable, entre los empleados de alta a la fecha de 31 de Diciembre de 1.996, la cantidad resultante según el cálculo indicado en el punto PRIMERO, revalorizada tal y como se establece en el punto TERCERO utilizándose como base de cálculo para el reparto del importe resultante, la suma de salario base más antigüedad que cada empleado tuviera asignada a 31/12/1.996.

Dicha cantidad se abonará mediante la creación de un nuevo concepto salarial denominado "Complemento Participación en Primas", el cual tendrá el carácter de no absorbible ni compensable, abonándose de una sola vez, la cuantía total, con la excepción para aquellas personas que ya tengan prorrateada parte de la misma, los cuales percibirán la diferencia, en el mes de Marzo del año siguiente al del ejercicio que corresponda.

3º.- Anualmente este concepto evolucionará en la misma cuantía en que lo haga el I.P.C., con el tope máximo del 3%.

4º.- Los trabajadores de nuevo ingreso, que asimismo quedarán excluidos de la aplicación del vigente Art 39 del Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros , Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, y de las normas que en el futuro regulen el concepto Participación en Primas, percibirán en función del nivel que tengan asignado, las cantidades que se señalan en la tabla anexa, a partir de la fecha de su ingreso por el concepto "Complemento Participación en Primas". La citada tabla se revalorizará anualmente en idénticas circunstancias a las expresadas en el punto TERCERO.

Este concepto se abonará y revalorizará asimismo de modo idéntico al convenido en el punto TERCERO, teniendo igualmente el carácter de no absorbible ni compensable.

... 7º.- Finalmente, se establece que el presente Pacto deroga y sustituye a cualquier otro anterior suscrito en la Mercantil Sanitas S.A. de Seguros en lo que a participación en primas se refiere >>.

4.- En su demanda pretendía la parte actora, como se ha adelantado, que se declarara la nulidad parcial del Acuerdo de 25-03-1997 " por contravenir el principio constitucional de igualdad, condenando a la sociedad demandada a aplicar a todos los trabajadores el mismo régimen en materia de participación en primas; concretamente ello supondría la declaración de nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo de 1997, debiéndose aplicar a todos los trabajadores el mismo número de pagas con independencia de la fecha de su ingreso en la empresa " .

5.- La sentencia de instancia impugnada interpreta que el Acuerdo se limita a consolidar, para los trabajadores contratados con anterioridad a 01-01-1997, la cuantía ya alcanzada por el referido complemento, mientras que establece uno nuevo para los posteriores, a los que el antiguo sistema nunca se les aplicó, por lo que el diferente tratamiento se justificaría en la protección de las condiciones disfrutadas " ad personam " en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo cuestionado; así como, por otra parte, que por tratarse de un acuerdo extraestatutario no concurre la lesividad denunciada, argumentando, con rechazo de la jurisprudencia invocada por la parte demandante sobre la igualdad y los convenios colectivos estatutarios y con invocación de los convenios colectivos ulteriores hasta el vigente en la fecha de la sentencia, que << siempre que el conjunto de las condiciones de trabajo aplicadas en la empresa cualquiera que fuera su naturaleza, su valoración global y cómputo anual, sean iguales o más favorables que el conjunto de condiciones reguladas en el convenio sectorial, valoradas también globalmente (en el momento de la conclusión de los citados acuerdos) y no lesivos del artículo 14 de la Constitución Española (al no incidir en discriminación "strictu sensu", ni en desigualdad ante la ley - por la naturaleza contractual y no normativa de los pactos-) >>..

NOVENO .- 1.- En el presente caso, -- y entrando ya a resolver si concurre o no la denunciada doble escala salarial --, como se ha adelantado, resulta de la mera lectura de los puntos 1º a 4º del Acuerdo de 25-03-1997, alcanzado entre la Mesa Negociadora y la representación de la Dirección de la Sociedad, sustituyendo por un



sistema propio alternativo al del Convenio colectivo estatutario aplicable en lo afectante a la " *participación en primas y otros sistemas alternativos* ", como posibilitaba el propio art. 39.2 del " *Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo* ", que se suprimía la aplicación del referido art. 39 del Convenio colectivo, sustituyéndose por un sistema propio alternativo al Convenio, por el que a partir del ejercicio 1997, los trabajadores en alta en la sociedad a 31-12-1996 integrarían como concepto salarial de " *complemento de participación en primas* " la cantidad resultante de multiplicar 7 pagas por el salario base mensual, más antigüedad, asignado en dicha fecha; mientras que los trabajadores ingresados en la sociedad a partir del día 01-01-1997, recibirían por el concepto de " *participación en primas* " las cuantías especificadas en la tabla anexa del Acuerdo, esto es, un número de 3,5 pagas; así como que uno y otro concepto se revalorizarían anualmente de acuerdo con mismo criterio, conforme a la evolución del IPC, con el tope máximo del 3%.

2. - En definitiva, se establece un doble sistema retributivo en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, antes del 01-01-1997 o a partir del 01-01-1997, cuantitativamente mayor para los primeros, y, además y especialmente, sin que las diferencias se reduzcan con el tiempo, sino al contrario puesto que la diferencia inicial se incrementa con las revaloraciones anuales ya que a ambos colectivos se le aplica el mismo criterio revalorizador (" *Anualmente este concepto evolucionará en la misma cuantía en que lo haga el I.P.C., con el tope máximo del 3%* " -punto 3º) sobre bases iniciales diferentes; pero, además, no se establecen en el referido Acuerdo o en pactos ulteriores en favor del colectivo que ingresó a partir del 01-01-1997 fórmulas compensatorias, bien retributivas o de otra posible naturaleza, para reducir la desigualdad, ni tampoco se han articulado fórmulas para asegurar la desaparición progresiva de la diferencia.

3.- El cuestionado Acuerdo de 25-03-1997, a pesar de su naturaleza extraestatutaria, – no es dable configurarlo como un mero pacto establecido en el marco de la autonomía privada en sentido estricto (en la forma definida, entre otras, en STS/IV 07-11-2008 -rco 119/2007) –, ya que, sin adquirir su naturaleza, debe vincularse necesariamente con el precepto del convenio colectivo estatutario del que deriva, y en que se establecía un sistema de participación de los trabajadores " *en primas y otros sistemas alternativos* ", sin establecer desigualdad alguna en atención a la fecha de ingreso de tales trabajadores en las empresas, posibilitando el ajuste del sistema a las empresas concretas, con finalidades similares participativas y manteniendo un principio de equidad, al preceptuarse, conforme se ha indicado anteriormente, que " *2. Mediante acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa podrán establecerse otros sistemas con finalidades similares, incluido el prorrateo entre las quince pagas dentro del año.- Las transformaciones que, en su caso, pudieran tener lugar habrán siempre de respetar el principio de neutralidad en costes y retribuciones a que se refiere la disposición transitoria primera, así como, en todo caso, el principio de equidad en la nueva regulación que se origine ...* " (art. 39.2); así como la exigencia de no poder empeorar la condiciones de tal retribución convencional, puesto que " *La anterior regulación lo será sin perjuicio de otros sistemas ya acordados por Convenio Colectivo a nivel de empresa, siempre que el sistema retributivo de los mismos mejore en su conjunto y cómputo anual la globalidad del sistema retributivo aquí establecido, y respete el principio de equidad referido en el número 2 anterior* " (art. 39.3).

4.- La singular vinculación existente entre el Acuerdo y el convenio colectivo, y en concreto con su art. 39, cuya legalidad no se cuestiona, permite interpretar que los sistemas retributivos de participación en primas y otros sistemas alternativos que posibilita no pueden ser contrarios a los principios que en dicho precepto se configuran, los que no establecían desigualdad alguna en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en las empresas ni de los que unos u otros pudieran haber percibido con anterioridad al 01-01-1997, por lo que a la luz de dicho precepto convencional debe examinarse la regularidad del doble sistema retributivo que se pacta en el cuestionado Acuerdo de 25-03-1997.

5.- Lo anterior posibilita analizar el referido Acuerdo conforme a la jurisprudencia social y la constitucional respecto al principio de igualdad (arts. 14 CE y 17 ET) y a la obligación empresarial de " *pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial* " (art. 28 ET). En este sentido, entre otras resoluciones, debe hacerse referencia:

a) La STS/IV 11-10-2011 (rco 146/2010), con relación a un acuerdo que desarrolla un convenio colectivo, se justifican las diferencias retributivas en base a que la diferencia obedece a la reestructuración de la plantilla y la introducción de un nuevo sistema de clasificación profesional, cuyas normas de adaptación solo pueden afectar a los trabajadores antiguos.

b) La STS/IV 11-11-2010 (rco 153/2009), con relación a un Acuerdo que no tenía naturaleza estatutaria, se concluye que << *En la sentencia recurrida el precepto es anulado por considerarlo una doble escala salarial carente de justificación objetiva y razonable. De tal cláusula pactada se desprende que los trabajadores contratados después de la entrada en vigor del IV Acuerdo percibirán una retribución inferior a la ordinaria durante*



los primeros tres años >> y que << Todo el peso de la razonabilidad de la diferencia retributiva se pone en la distinta formación que se supone a los trabajadores de nuevo ingreso. Sin embargo, no hay ni en el texto del convenio, ni en las alegaciones y prueba de las partes, elementos que permitan conocer cómo se realiza tal formación ni cual pueda ser el alcance de las obligaciones formativas que las empresas hayan de asumir y, sobre todo, no se ofrecen elementos para valorar la proporcionalidad entre la labor formativa - o la incidencia de una presumida falta de formación - y la rebaja de un 40% del salario >>.

c) La STS/IV 09-03-2017 (rco 135/2016), recuerda la doctrina jurisprudencial, señalando que << Respecto de la justificación de la diferencia retributiva, hemos aceptado que pueda estar constituida por la garantía de los derechos adquiridos para los trabajadores que, de acuerdo con el régimen convencional aplicable con anterioridad, tuvieran reconocidos o en curso de reconocimiento los correspondientes conceptos. Sin embargo, esa garantía de los derechos adquiridos no se concibe de forma dinámica, como mantenimiento de un régimen jurídico que puede determinar la aplicación en el tiempo de cantidades variables o actualizadas, sino de forma estática; lo que implica que "tiene que limitarse a conservar los derechos ya reconocidos a los trabajadores en el momento en que se produce el cambio normativo, sin que se establezcan "dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro" (STS/4ª de 10 noviembre 2010 -rec. 140/2009) >> y que << Como resumíamos en la STS/4ª de 21 diciembre 2007 (rec. 1/2007), cabría admitir que a quienes ingresaron antes se les reconozca "un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que, a partir de ese día, cobrasen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que generan otros trabajando el mismo número de años". Y añadíamos que "es rechazable una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que instaura, sin que -se insista- conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa >>; concluyendo, respecto al supuesto enjuiciado, que <<... la cláusula del art. 16 del convenio no se limita a mantener una diferencia retributiva entre uno y otro colectivo que pudiera pretender compensar aquel compromiso de estabilidad en el empleo, abaratando el coste salarial de los nuevos contratados, sino que ahonda, indefinidamente y con proyección de futuro, en la brecha salarial por la vía de reconocer a uno de dichos colectivos un sistema que va a ir incrementando la condición retributiva en cuestión >>.

d) La STS/IV 05-03-2019 (rcud 1468/2018), afirma la existencia de doble escala salarial dado que no se trataba de un complemento con una cuantía estable y consolidada, sino que el complemento que solo percibe un grupo de trabajadores se va revalorizando anualmente e incluso incrementando en caso de ascensos de nivel, y con repercusión no únicamente en la cuantía salarial, sino también a efectos de prestaciones y mejoras de la acción protectora de la seguridad social pactadas en los convenios colectivos, sin que por parte de la empleadora se aporten ni siquiera indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa. Afirmando, con cita de la jurisprudencia social, que <<... esa garantía de los derechos adquiridos no se concibe de forma dinámica, como mantenimiento de un régimen jurídico que puede determinar la aplicación en el tiempo de cantidades variables o actualizadas, sino que de forma estática, que tiene que limitarse a conservar los derechos ya reconocidos a los trabajadores en el momento en que se produce el cambio normativo, sin que se establezcan "dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro ">> y que <<... no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, "a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET , y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación ">>. Concluyendo que <<En consecuencia, partiendo tanto de la jurisprudencia constitucional expuesta, – que exige <<De una parte, para que la diferencia salarial fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad es necesario que, en el seno del convenio, se introduzca algún tipo de compromiso empresarial que conlleve una "contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE "; y, de otro lado, que "con base en pautas de compensación o reequilibrio, determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva">> –, como de la jurisprudencia referida de esta Sala de casación - que señala <<no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, "a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET , y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en



atención únicamente a la fecha de la contratación>> -; no concurriendo en el presente caso los presupuestos para que la diferencia salarial de trato fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad, procede ... desestimar el recurso de casación unificador interpuesto por la empresa... >>.

e) La STC 98/1983 de 15-11-1983 , sobre el mecanismo que debe utilizarse para restablecer la igualdad, establece << ... el problema sobre el que versan los presentes recursos de amparo es sustancialmente igual al ya resuelto por este T.C. en su Sentencia número 81/1982, de 21 de diciembre ... , pues se origina también en el distinto régimen de trabajo nocturno que para el personal masculino y femenino deriva del art. 50 del Estatuto del Personal Sanitario Auxiliar Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973. Este distinto régimen se traduce en la existencia de una jornada nocturna superior para el personal masculino y repercute en el régimen salarial, pues desde el momento en que el exceso sobre la jornada prevista supondrá el reconocimiento y abono de horas extraordinarias, será menor el número de éstas en relación a las abonadas al personal femenino >>; que << El objeto de los presentes recursos no consiste ... en la comprobación de la existencia de un régimen jurídico diferente, que es incontestable, sino sólo en el mecanismo que debe utilizarse para restablecer la igualdad. En este sentido, el Magistrado de Trabajo estima que debe considerarse ineficaz y nulo el privilegio que se reconoce a la mujer que debe, por tanto, seguir igual régimen que el previsto para el hombre; mientras los actores reclaman, apoyándose en la doctrina sentada por este T.C., la equiparación del personal masculino al beneficio disfrutado por el femenino >>; y que << En la citada Sentencia de 21 de diciembre de 1982 hemos aclarado ya que "dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas", por lo que "no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajo y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores". Siendo igual el supuesto enjuiciado, igual ha de ser la solución, de forma que al no haberse dispuesto así es obligado entender que se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad, pues el modo de restablecerla cuando ha sido infringida no es un elemento externo al derecho, sino que forma parte de su contenido en cada concreta manifestación práctica >>.

f) La STC 112/2017 de 16-10-2017 , proclama, entre otros extremos, que <<... "el principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, que mencionadas concretamente unas ... y aludidas otras en la genérica fórmula con la que se cierra el art. 14, son susceptibles de generar situaciones de discriminación". Así pues, cuando, fruto de la negociación colectiva, quede recogido en el convenio correspondiente un diferente tratamiento salarial para los trabajadores de su ámbito de aplicación, tal circunstancia puede generar una desigualdad de trato entre aquéllos, que resulte peyorativa para unos respecto de otros. Estaremos en presencia, entonces, de lo que se conoce como "doble escala salarial", cuya introducción puede reportar un trato diferenciado y desigual, si no atiende a una justificación objetiva y razonable, y si la diferencia retributiva no es proporcional al tipo de actividad laboral desempeñada por unos o por otros dentro del ámbito de cobertura del convenio. Pues bien, uno de los supuestos más problemáticos de doble escala salarial es el que se refiere al establecimiento de un diferente sistema de cómputo de la antigüedad en función del momento de ingreso en la empresa. Al respecto, este Tribunal tuvo ya ocasión de declarar que "la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo" (STC 27/2004, de 4 de marzo , FJ 6) >>.

6. - Lo que nos permite llegar a la conclusión de que en el cuestionado Acuerdo extraestatutario vinculado directamente con el Convenio colectivo se establece una ilegal doble escala salarial que debe ser anulada con la consecuencia de equiparación retributiva.

DÉCIMO.- 1.- Finalmente debemos destacar que en el presente caso no es de aplicación la doctrina contenida en la STJUE 14-02-2019 (C-154/18 , Tomás Horgan, Claire Keegan y Minister for Education & Skills, Minister for Finance, Minister for Public Expenditure & Reform, Ireland, Attorney General).

2.- En dicha sentencia, se plantea un supuesto en el que la normativa aplicable a las nuevas escalas salariales para el personal docente de nueva incorporación establecía, a partir del 01-01-2011 , una reducción del salario



del 10 % en cada escalón de la escala salarial con respecto al salario de los funcionarios que se incorporaron antes de esa fecha, interpretando los demandantes que como los funcionarios de nueva incorporación eran, como regla, más jóvenes que los que ya prestaban servicios con anterioridad a tal fecha ello conducía a la coexistencia de dos grupos de trabajadores que realizaban un trabajo de igual valor, pero que estaban retribuidos de manera diferente, siendo manifiesta la diferencia de edad entre esas dos categorías.

3.- El Tribunal remitente de la cuestión prejudicial, por el contrario, entendía que la fecha de incorporación era un criterio a primera vista neutro desde el punto de vista de la edad y planteaba, en lo que ahora nos afecta, al TJUE sí constituía discriminación indirecta por razón de la edad, en el sentido del art. 2, letra b), de la Directiva 2000/78, que un Estado miembro, en su condición de empleador, implantara una escala salarial inferior para los nuevos incorporados como profesores en la escuela pública, manteniendo inalterada la retribución de los profesores ya en activo, cuando la escala salarial revisada y la escala salarial existente se aplican a todo el personal docente en las categorías respectivas, independientemente de su edad.

4.- El TJUE, en la citada sentencia 14-02-2019 (C-154/18), recuerda que << se desprende del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en relación con su artículo 1, que, a efectos de dicha Directiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la edad. Además, del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva se desprende que, a efectos de la misma, existe discriminación indirecta por razón de la edad cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de una determinada edad respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios >> (ap 19) y razona que <<... el único criterio pertinente a efectos de la aplicación de las nuevas reglas relativas a la escala salarial y a la clasificación en escalón es la condición de "funcionario de nueva incorporación a partir del 1 de enero de 2011", y ello independientemente de la edad del funcionario en el momento de su incorporación. Por lo tanto, ese criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro, es manifiestamente ajeno a la edad de las personas contratadas (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Centeno Mediavilla y otros/Comisión, C-443/07 P, EU:C:2008:767, apartados 81 y 83) >> (ap 25); concluyendo respecto a la cuestión prejudicial planteada que << El artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que una medida como la controvertida en el litigio principal, que a partir de una determinada fecha prevé, al incorporar nuevo personal docente, la aplicación de una escala salarial y una clasificación en escalón inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores a dicha medida, a los profesores que se incorporaron antes de esa fecha, no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad en el sentido de la referida disposición >>.

5.- Dado que nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida STJUE 14-02-2019 (C-154/18) del Derecho de la Unión, como anteriormente se ha expuesto.

DÉCIMOPRIMERO.- Por todo lo expuesto, y oído el Ministerio Fiscal, procede la estimación de la demanda, declarando la nulidad parcial del Acuerdo adoptado entre la sociedad y las secciones sindicales en fecha 25-marzo-1997, condenando a la sociedad demandada a aplicar a todos los trabajadores el mismo régimen en materia de participación en primas, con declaración de nulidad de la cláusula cuarta del acuerdo de 1997, con la consecuencia de la anterior declaración en orden a restablecer la igualdad vulnerada, consistente en que debe aplicarse a todos los trabajadores el mismo número de pagas con independencia de la fecha de ingreso en la sociedad. Sin imposición de costas (art. 235.2 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar en la forma expuesta el recurso de casación ordinario interpuesto por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2017, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento número 179/2017, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de conflicto colectivo a instancia de dicha Federación ahora recurrente en casación contra Sanitas, S.A. de Seguros, la Sección Sindical CC.OO. en Sanitas S.A. y la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.



2.- Declarar la nulidad parcial del Acuerdo adoptado entre la sociedad y las secciones sindicales en fecha 25-marzo-1997, condenando a la sociedad demandada a aplicar a todos los trabajadores el mismo régimen en materia de participación en primas, con declaración de nulidad de la cláusula cuarta del acuerdo de 1997, debiéndose aplicar a todos los trabajadores el mismo número de pagas con independencia de la fecha de ingreso en la sociedad.

3.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana 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

D^a Maria Luz Garcia Paredes D^a Concepcion Rosario Ureste Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ