



Roj: **STSJ M 17345/2012 - ECLI: ES:TSJM:2012:17345**

Id Cendoj: **28079340052012101109**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **10/12/2012**

Nº de Recurso: **4384/2012**

Nº de Resolución: **1114/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0004384/2012

**T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5**

**MADRID**

**SENTENCIA: 01114/2012**

Sentencia nº 1114

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 5ª**

**MADRID**

Ilma. Sra.Dª Begoña Hernani Fernández :

Presidente

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz :

*Ilma. Sra.Dª Alicia Catalá Pellón :*

En Madrid, a 10 de diciembre de 2012.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A** núm. 1114

En el recurso de suplicación 4384/12 interpuesto por Cirilo representado por el Letrado ELENA GARCIA GARCIA, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 29 DE MADRID en autos núm. 1105/11 siendo recurrido TELEFONICA DE ESPAÑA SAU representado por el Letrado ALVARO SANCHEZ FERNANDEZ. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON José Ignacio de Oro Pulido Sanz.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Cirilo , contra TELEFONICA DE ESPAÑA SA en reclamación sobre DESPIDO en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 2012 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS** , se declaraban los siguientes:



PRIMERO.- El demandante, D. Cirilo , ha venido prestando servicios par la empresa Telefónica de España SA desde el 18-8-1970, con la categoría profesional de operador auxiliar de planta y servicios mayor, percibiendo un salario bruto mensual de 3.230,10 euros con prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- El Convenio Colectivo que regula la relación laboral es el de la empresa para los años 2011 al 2013 publicado en el BOE de 4-8-2011.

TERCERO.- El demandante ha sido delegado sindical en la empresa.

CUARTO.- Al actor se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo mediante carta de fecha 15-8-2011 en los siguientes términos:

"Estimado señor:

Me dirijo a usted para indicarle que el próximo 4 de septiembre cumplirá la edad de 65 años establecida convencionalmente para su jubilación forzosa, situación a la que pasará el 5.9.2011, de conformidad con lo dispuesto en el art. 249 de la Normativa Laboral, en su nueva redacción dada por la Cláusula 11.2 del vigente Convenio Colectivo 2011 -2013 y de acuerdo con la política de empleo contenida en la Cláusula 4 del citado texto convencional según las previsiones de la ley 14/2005 de 1 de julio.

En los días siguientes a la citada fecha recibirá en su domicilio el oportuno certificado de bases de cotización que le será requerido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al solicitar su pensión de jubilación.

Al mismo tiempo, deseo expresarle mi más sincero agradecimiento por la labor realizada a lo largo de todos estos años y por su leal dedicación a nuestra Empresa, a cuyo desarrollo actual ha contribuido eficazmente.

Quiero hacerle saber que quedo a su disposición para atenderle en cuanto estime necesario en esta nueva etapa que espero sea satisfactoria para usted.

Rogándole feche y firme el duplicado adjunto para la debida constancia, le saluda atentamente".

QUINTO.- En aplicación de los planes de adecuación de plantilla implantados durante los años 2008 al 2011 en Telefónica SAU se han producido 215 jubilaciones anticipadas y 68 bajas incentivadas. En los ejercicios 2008 al 2011 se han incorporado 478 trabajadores en virtud de nuevas contrataciones. Y en virtud de convenio de colaboración de fecha 11-10-2011 la Fundación SEPI-Telefónica ha suscrito con Telefónica S.A.U. 100 becas ampliables correspondientes al programa Telefónica 2011 (folios 112 al 117 de autos).

SEXTO.- El actor presentó la papeleta de conciliación ante el SMAC el 7-9-2011, dando por intentado el acto de conciliación el 23-9-2011 sin avenencia.

**TERCERO:** En esta sentencia se emitió el siguiente fallo:

"Que, desestimando la demanda promovida por D. Cirilo frente a TELEFONICA DE ESPAÑA SA, absuelvo a la demandada de sus pretensiones."

**CUARTO :** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte Cirilo , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por la demandante, en la que pretendía que se declarara que éste había sido objeto de un despido improcedente por parte de la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U se interpone el presente recurso de suplicación por el trabajador que tiene por objeto: a.) la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia y; b.) el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

**SEGUNDO .-**Mediante el primer motivo del recurso formulado amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral interesa la recurrente la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, concretamente el ordinal primero, para que se fije que su retribución asciende a 3.230, 10 euros en incluida la prorrata de pagas extras, lo que basa en los documentos que obran a los folios 35 a 37, y 101 a 104, consistentes en las nóminas del actor y 110 consistente en certificado emitido por la empresa.

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.



2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

No puede prosperar tal pretensión, pues de las nóminas que aportan ambas partes se desprende que la retribución percibida por el actor es la que se consigna en la sentencia de instancia al coincidir con la base de contingencias y si bien se contradice con el certificado emitido por la empresa, ante documentos contradictorios estimamos que debe prevalecer la valoración que hace el juez de instancia.

**TERCERO** .- El motivo tercero del recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción de la disposición adicional 10ª y el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 249 de la Normativa Laboral de Telefónica.

Sostiene la recurrente que la previsión de contratación que recoge el Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU para los años 2011-2013 o se encuentra vinculada con la jubilación forzosa de los trabajadores de la empresa, sino con las necesidades generales a las que hace referencia la cláusula cuarta del Convenio y añade que no existe una vinculación directa entre el cese y las medidas de empleo que figuran en el reseñado Convenio Colectivo, destacando que los acuerdos que se recogen en la mencionada cláusula cuarta no se relacionan directamente con la creación de empleo ni tampoco la mejora del empleo o su estabilidad, pues considera que el plan de 100 becas para toda España no lleva consigo compromiso de contratación una vez que finalicen las mismas, los 226 puestos por cubrir se refieren a un compromiso del anterior Convenio que no se ha terminado por cubrir y en cuanto a la incorporación de un 7% de los trabajadores que se adhieran al ERE pendiente de aprobación por la autoridad laboral, para que pueda ser efectiva requiere que el citado expediente haya sido aprobado, lo que no consta que haya sucedido en el supuesto de autos.

La Cláusula 4 del Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU para los años 2011-2013, dispone que: "El actual contexto económico y laboral exige la búsqueda de medidas que conformen las bases de un nuevo modelo de crecimiento equilibrado y generador de empleo de calidad en Telefónica de España. En esta línea, debemos incorporar medidas que posibiliten la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción y del consumo, como instrumentos que coadyuven a las medidas planteadas de ajustes en el volumen de empleo.

Nuestra empresa tiene una dilatada trayectoria en la adopción de medidas de adecuación de plantilla a través de mecanismos consensuados, que no han sido percibidos como medidas traumáticas por el colectivo de empleados, y que han permitido mantener el actual posicionamiento y competitividad empresarial. Igualmente, nos hemos diferenciado por nuestras políticas de creación de empleo estable y de calidad; enfocadas a conseguir unos crecimientos equilibrados y sostenibles de los objetivos empresariales y de negocio conjugados con una mejora progresiva de las condiciones laborales de los trabajadores.

No obstante, la situación de crisis económica está produciendo unos efectos muy negativos en el mercado de trabajo, especialmente respecto del colectivo de jóvenes sin experiencia laboral. Por ello, ambas partes, asumen el compromiso de buscar mecanismos para el establecimiento de un sistema que permita la realización de prácticas profesionales con formación asociada para posibilitar a este colectivo un primer contacto con el entorno laboral, dinamizando de este modo el mercado de trabajo de nuestro país. A tal efecto, la Empresa lanzará un ambicioso Plan de Becas para todo tipo de colectivos de jóvenes.

Esta apuesta por la creación de empleo estable y de calidad debe conciliar nuestros actuales costes laborales, fruto de nuestra trayectoria con otros que no limiten nuestra competitividad en el libre mercado y aseguren la futura viabilidad de Telefónica de España, en el proceso de transformación. Para ello los compromisos de



garantía de empleo y creación de empleo, están necesariamente interconectados con el rejuvenecimiento de la plantilla en unos esquemas salariales más acordes con el mercado laboral.

En este contexto, y supeditado al acuerdo y posterior aprobación por la Autoridad Laboral del Expediente de Regulación de Empleo, la Dirección de la Empresa asume el compromiso de incorporar progresivamente un porcentaje de un 7% de los empleados que se adhieran al ERE durante el período de vigencia del mismo. Asimismo, y como compromiso derivado del Convenio 2008-2010 se sumarán a dichas contrataciones los 226 puestos pendientes de cobertura.

Igualmente y vinculado en los mismos términos de acuerdo y posterior aprobación por la Autoridad Laboral del Expediente de Regulación de Empleo, la Dirección de la Empresa garantiza que durante la vigencia del referido Expediente para los años 2011, 2012 y 2013, la reordenación del trabajo por causas de innovaciones tecnológicas, económicas, técnicas, organizativas o de producción, no será causa de baja en la Empresa, con carácter forzoso, mediante la aplicación de los mecanismos previstos en el art. 51 y en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores .

Vinculado en los mismos términos que el párrafo anterior al Expediente de Regulación de Empleo, Telefónica de España, S.A.U., conociendo la sensibilidad de la Representación de los Trabajadores por la transferencia de actividades, así como el impacto que esta materia tiene para el conjunto de la plantilla, garantiza que durante los años 2011, 2012 y 2013 que coinciden con la vigencia del ERE, en caso de ser necesaria la reestructuración de actividades que tengan incidencia directa sobre el volumen de empleo, ningún trabajador de las mismas será adscrito con carácter forzoso, sin previo acuerdo con la Representación de los Trabajadores."

Por su parte la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 24 de noviembre del 2011 , que examinaba un supuesto similar al que es objeto del presente recurso, pero referido al el Convenio Colectivo de Telefónica 2008-2010 señalaba que: " Lo cierto es que en la Cláusula 4ª del Convenio Colectivo de Telefónica SAU en su punto 4.1 relativo a la creación de empleo se prevé la contratación externa de un número mínimo de 500 trabajadores, por lo que deberá estimarse cumplida la vinculación a las medidas de creación de empleo por cuanto dicha previsión se contempla en la citada Cláusula del Convenio Colectivo, unida a la mención en el artículo 249 de la Normativa Laboral de Telefónica, incorporada al Convenio Colectivo como parte integrante del mismo que el establecimiento de una edad de jubilación tiene como finalidad la estabilidad y sostenimiento del empleo, así como la contratación de nuevos trabajadores.

Por otra parte consta la contratación por la demandada de 89 nuevos trabajadores en los años 2008 y 2009 así como la asunción de 982 empleados de Terra Networks España y Telefónica Data España".

Entiende esta Sala que al supuesto de autos no le es aplicable la doctrina recogida en la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, pues el Plan de becas, desde luego no supone creación de empleo, máxime cuando no hay compromiso de contratar a alguno de los becarios una vez que finalice la misma. Por otra parte, la contratación de 226 trabajadores a la que se alude, son puestos pendientes de cobertura derivados el compromiso del Convenio 2008-2010 y, finalmente el compromiso de incorporar progresivamente un porcentaje de un 7% de los empleados que se adhieran al ERE durante el período de vigencia del mismo, no crea a la empresa una obligación pura y simple, sino que está sujeta a una condición, que consiste en que un tercero adopte un acuerdo, que además no existe en el momento en el que se produce el cese del actor, por lo que ciertamente entiende esta Sala que en el supuesto de autos el Convenio no cumple los objetivos previstos para el establecimiento de la jubilación forzosa, lo que lleva consigo que debemos declarar que se haya producido un despido que debemos calificar de improcedente y en su consecuencia revocamos la sentencia de instancia en los términos mencionados.

## FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por don Cirilo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 29 de los de Madrid, en autos número 1105/11, seguidos a instancia de la recurrente contra la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, en materia de despido y en su consecuencia revocamos aquélla, y con estimación de la demanda declaramos que el cese del demandante constituye un despido improcedente y condenamos a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 135.664, 20 euros, y al abono de los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de notificación de la presente resolución, a razón de 107, 67 euros día.

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



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión al rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal.

Notifíquese la presente sentencia a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia y a las partes por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS , incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

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

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente c/c nº 2876 0000 00(SEGUIDO DEL NÚMERO DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN) que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la calle Miguel Angel 17, 28010, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito

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

**PUBLICACION:** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 11 ENE 2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, habiéndoseme hecho entrega de la misma por el Ilmo. Magistrado Ponente, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.