



Roj: **STSJ AS 1155/2013 - ECLI: ES:TSJAS:2013:1155**

Id Cendoj: **33044340012013100713**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2013**

Nº de Recurso: **423/2013**

Nº de Resolución: **861/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00861/2013

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

- C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2013 0100497

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000423 /2013

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 770/2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OVIEDO

Recurrente/s: Basilio

Abogado/a: Basilio

Recurrido/s: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Abogado/a: CESAR JOSE GARCIA AMAT

Sentencia nº 861/13

En OVIEDO, a doce de Abril de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL DEL T.S.J. ASTURIAS, formada por los Ilmos. Sres. D^a MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNÁNDEZ, Presidente, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNÁNDEZ, PALOMA GUTIERREZ CAMPOS y D^a MARIA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION **423/2013**, formalizado por el Letrado D. Basilio , en su propio nombre y representación, contra la sentencia número 2/2013 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el



procedimiento DEMANDA 770/2012, seguidos a instancia de Basilio frente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNÁNDEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Basilio presentó demanda contra TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 20/2013, de fecha tres de Enero de dos mil trece .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º- El actor, nacido el NUM000 de 1947, prestó sus servicios para la demandada desde el 21 de diciembre de 1968 con la categoría profesional de Técnico en Recursos humanos; la retribución percibida desde agosto de 2011 a julio de 2012, ambos inclusive, ascendió a 59,415,96 euros lo que da un salario bruto diario de 162,8 €.

No ostenta la representación de los trabajadores.

2º- El 30 de abril de 2012 el actor envió a la empresa una carta comunicando su deseo de continuar prestando sus servicios tras cumplir 65 años de edad, a lo que la empresa le respondió el 25 de mayo denegándolo, en los términos que obran en el documento nº 1 de los aportados por la demandada, que se da por reproducido.

3º- El NUM000 de 2012 la empresa le comunicó que era su último día de trabajo y procedía a darle de baja en la Seguridad Social, pasando a la situación de jubilación forzosa.

4º- El 5 de julio de 2006 la empresa y los representantes sindicales adoptaron un Acuerdo en el que se modificaba la redacción del artículo 249 de la Normativa Laboral de la empresa, para adaptarla a la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores introducido por la ley 14/2005. El artículo 249 quedaba redactado de la siguiente forma: "Se establece para los empleados de la Telefónica de España SAU la jubilación forzosa a los 65 años de edad, siempre que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. El establecimiento de esta edad de jubilación para todos los empleados tiene como finalidad mejorar la estabilidad y sostenimiento del empleo, así como la contratación de nuevos trabajadores como objetivos coherentes de la política de empleo."

Este Acuerdo, junto con otros, fue inscrito y pasó a formar parte del convenio colectivo de Telefónica de España SAU que fue publicado en el BOE del 16 de octubre de 2003, con una vigencia desde el 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2005, si bien por Acuerdo de la empresa y representantes sindicales, se prorrogó su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007, modificando aspectos económicos, de Beneficios sociales y de días de descanso.

En los años 2008-2010 las mismas partes aprobaron un nuevo convenio colectivo que no modificó la Normativa Laboral.

El convenio vigente desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013, declaró vigente el artículo 249 de la Normativa Laboral, redactado de la siguiente forma: "Se establece para los empleados de Telefónica de España SAU, la jubilación forzosa a los 65 años de edad, siempre que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. El establecimiento de esta edad de jubilación para todos los empleados tiene como finalidad mejorar la estabilidad y sostenimiento del empleo, así como la contratación de nuevos trabajadores como objetivos coherentes de la política de empleo. De esta manera, la edad de jubilación forzosa en Telefónica será de 65 años o en su defecto la que corresponda según los requisitos exigidos por la legislación vigente, que resulte de aplicación a cada empleado para acceder al sistema público mediante su jubilación ordinaria".

El mismo convenio contiene la previsión genérica de un sistema de practicas profesionales para jóvenes articulado en un Plan de becas y la incorporación progresiva de un 7% de los empleados adheridos al Expediente de Regulación de Empleo, además de cubrir 226 puestos que se había comprometido en el convenio 2008-2010, unido al compromiso de que la reordenación el trabajo por las innovaciones de cualquier tipo, no sería causa de la extinción forzosa de la relación laboral.

5º- En la demandada se jubilaron al cumplir 65 años de edad, 73 trabajadores en cada uno de los años 2011 y 2012.



Contrató en el mismo periodo a 10 titulados medios, 91 titulados superiores y 222 asesores comerciales.

6º- La empresa suscribió un convenio de colaboración con la Fundación SEPI, conforme con el cual se convocaron en octubre de 2011, 100 becas para titulados superiores, con una duración de doce meses. No consta cuántas fueron adjudicadas.

Dentro del mismo convenio, en mayo de 2012 se convocaron 500 becas para jóvenes titulados superiores, de once meses de duración: no consta cuántas fueron adjudicadas.

7º- La Dirección General de Trabajo autorizó el 14 e julio de 2011 a la empresa la extinción del contrato de trabajo de 6.500 trabajadores con efectos desde esa fecha al 31 de diciembre de 2013.

8º- La empresa y los representantes sindicales pactaron un Plan Social vinculado al Expediente de regulación de empleo para los años 2011 a 2013 articulado sobre bajas definitivas y programas de empleo.

9º- En el año 2007 la empresa modificó el Reglamento del Consejo de Administración para eliminar el límite de 65 años de edad para ser consejero ejecutivo, estableciendo como causa del cese el transcurso del tiempo para el que fuera nombrado o el acuerdo de la Junta General.

El actor presentó conciliación previa el 3 de agosto de 2012 que se celebró el 20 del mismo mes; interpuso la demanda el 3 de septiembre.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimo la demanda interpuesta por D. Basilio contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU y absuelvo al demandado de todos los pedimentos de la demanda."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Basilio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 1 de marzo de 2013.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21 de marzo de 2013 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda rectora del proceso, interpone la parte accionante recurso de suplicación, siendo impugnado por la empresa demandada, que fundamenta tanto en el motivo contemplado en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, revisión de hechos probados, cuanto en el recogido en el punto c) del mismo precepto, infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia. Respecto de aquél debe de significarse que resultado de ser el recurso de suplicación un mecanismo extraordinario que participa de una cierta naturaleza casacional y que no constituye una segunda instancia, consecuencia de la consustancialidad al proceso laboral de la regla de la única instancia excluyente del doble grado de jurisdicción, es la prohibición al órgano ad quem de examinar y modificar el relato fáctico de la sentencia si el mismo no ha sido impugnado por el recurrente, impugnación posible al amparo del precepto ya indicado cuyo éxito viene condicionado, según consolidada jurisprudencia cuya reiteración excusa su pormenorizada cita, a la observancia de determinados requisitos, entre ellos que se concrete el error padecido en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, ya positivo, cuando se declaren probados hechos contrarios a los que se desprenden de tales medios, ya negativo, si se han omitido o negado los que se deducen de los mismos, que tales hechos resulten de forma clara, patente y directa de la probanza documental o pericial practicada, a concretar y citar por el recurrente, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que ante la concurrencia de varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes o no coincidentes, deberán prevalecer las conclusiones obtenidas por el juzgador a partir de la inmediación en la práctica, valoración y apreciación de tales medios probatorios, no siendo factible demostrar los errores de hecho acudiendo a conjeturas, suposiciones o interpretaciones o recurriendo a la prueba negativa, limitada a invocar la inexistencia de prueba de respalde las afirmaciones de dicho juzgador, y finalmente, que los referidos hechos tengan trascendencia para llegar a modificar el fallo recurrido; de no ser así y aun cuando se aprecien los errores denunciados que pudieran propiciar la rectificación del relato fáctico, si los mismos carecen de virtualidad al indicado fin no podrán ser acogidos.

Sólo la conjunta concurrencia de los presupuestos reseñados permitirá, en su caso, la prosperabilidad del motivo de suplicación analizado, lo que es predicable en el supuesto que nos ocupa de las dos postuladas revisiones fácticas que se detallan en el escrito de formalización, sustentadas respectivamente en los



documentos que figuran en las actuaciones acotados a los folios 93 y 95 a 97, medio probatorio al que el ya citado artículo 193 b) de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social otorga validez y eficacia al fin pretendido. Así las cosas debe de adicionarse al Hecho Probado Quinto de la Resolución impugnada el siguiente texto:

"Entre desvinculaciones, jubilaciones anticipadas y bajas incentivadas se extinguieron, en el año 2011, 2.359 y en el año 2012, 1.893 contratos de trabajo fijos, por el Expediente de Regulación de Empleo en vigor" en los años".

Igualmente ha de añadirse al ordinal fáctico Séptimo de aquélla que "Por Resolución complementaria Aclaratoria del mismo Organismo de 2 de agosto de 2012, se amplió la extinción a 6.830 trabajadores".

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos esgrimidos se denuncia la vulneración de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 35.1 y 14 de la Constitución, y del precepto 2 apartado 2 en relación con el 6 apartado 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, así como la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional citadas en el desarrollo del escrito de recurso.

Recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de Noviembre de 2011 que "la DA 10ª ET establece que la jubilación forzosa por edad «deberá vincularse a objetivos... expresados en el convenio colectivo», y el significado de la palabra vincular [«atar o fundar algo en otra cosa», en su primera acepción, conforme al DRAE] claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmante del Convenio. El precepto no dice que «estará justificada» o «habrá de justificarse» la medida, sino que utiliza una expresión [«deberá vincularse a objetivos... expresados»] que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso. En el bien entendido de que esa expresa «vinculación» no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada".

Incide en lo expuesto el mismo Alto Tribunal en su Sentencia de 11 de Julio de 2012 al declarar que la vinculación de la medida (jubilación forzosa) a los objetivos de empleo expresados en el Convenio Colectivo "supone un expreso enlace entre cese y medidas acordadas y, aunque pueden estar en un precepto diferente al que regula la jubilación obligatoria, ha de constar de forma clara su relación con la misma", afirmación que conviene precisar y rectificar en el sentido de que no hace falta la mención expresa de que la medida favorecedora del empleo que implanta el Convenio tiene por fin facilitar la jubilación forzosa, sino que basta con que en distintos lugares del Convenio se regulen medidas que favorezcan la estabilidad del empleo, su fomento, incremento y calidad. El Convenio Colectivo constituye un todo, un conjunto de normas reguladoras de la relación laboral en la empresa que deben ser interpretadas en su conjunto y no de forma aislada, atribuyendo, cual previene el artículo 1285 del Código Civil, a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, sin que sea lícita la llamada "técnica del espiguelo" que consiste en mantener la validez de las normas favorables e impugnar la de otras que puedan tener relación con ellas, pues el Convenio Colectivo es un todo donde todas sus cláusulas están relacionadas y han sido pactadas en atención las unas de las otras, razón por la que son valorables, a los efectos que nos ocupan, las medidas de política de empleo contenidas en todo el Convenio" a la hora de determinar si deben estimarse cumplidos los requisitos que la aplicable Adicional Décima del E.T. establecía.

TERCERO.- Nos encontramos en el supuesto que nos ocupa con los acreditados datos que a continuación se detallan:

1º) Que en la Normativa Convencional aplicable se vincula expresamente la jubilación forzosa de los empleados de la empresa demandada y la fijación en 65 años de la edad para la misma con la finalidad de mejorar la estabilidad y sostenimiento del empleo, así como la contratación de nuevos trabajadores como objetivos coherentes de la política de empleo. Así se dispone en el precepto 11.2 de aquélla al declarar la vigencia del artículo 249 de la Normativa Laboral con la redacción en él recogida.

2º) Que en el precepto 4 del Convenio Colectivo bajo la rúbrica "Empleo" se plasma el compromiso de buscar mecanismos para el establecimiento de un sistema que permita la realización de prácticas empresariales con formación asociada para posibilitar un primer contacto laboral y la dinamización del mercado de trabajo dirigido especialmente al colectivo de jóvenes sin experiencia laboral. En cumplimiento de tal compromiso se convocaron 600 becas para titulados superiores entre los años 2011 y 2012.

3º) Que en ése mismo precepto y supeditado al acuerdo y posterior aprobación por la Autoridad Laboral del Expediente de Regulación de Empleo, la empresa se obliga a incorporar progresivamente un porcentaje de un



7% de los empleados que se adhieran al ERE durante su vigencia, sumándose a tales contrataciones los 226 puestos pendientes de cobertura derivados del compromiso del anterior Convenio Colectivo. La Resolución de la Dirección General de Trabajo que aprobó aquél Expediente autorizando las extinciones contractuales propuestas fue dictada el 14 de Julio de 2011, siendo el día NUM000 de 2012 la fecha de cese del recurrente. Resulta probada la jubilación al cumplir los 65 años de 73 trabajadores en cada uno de los años 2011 y 2012, así como la contratación en ése período de 10 titulados medios, 91 titulados superiores y 222 asesores comerciales.

4º) Que en los mismos precitados términos de acuerdo y posterior aprobación por la Autoridad Laboral del Expediente de Regulación de Empleo, la demandada garantiza durante la vigencia de éste en los años 2011, 2012 y 2013 que la reorganización del trabajo por causas de innovaciones tecnológicas, económicas, organizativas o de producción no será causa de baja en la empresa con carácter forzoso mediante la aplicación de los mecanismos previstos en los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, así como que en caso de ser necesaria la reestructuración de actividades que tengan incidencia directa sobre el volumen de trabajo, ningún empleado de éstas será adscrito con carácter forzoso sin previo acuerdo con la representación social.

5º) Que en otros apartados de la vigente Norma Convencional se especifican igualmente objetivos coherentes con la política de empleo. Así en el artículo 6 se prevé un nuevo modelo de grupos profesionales "potenciando la empleabilidad, la contratación de nuevo empleo, el desarrollo profesional y laboral de los empleados... y la incorporación de colectivos procedentes de la convergencia con otras empresas", y en el Anexo 1 a aquélla Norma se imponen los principios de capacidad, competencia, méritos profesionales e igualdad de oportunidades en las políticas y actuaciones relativas a la selección y contratación de personal.

Las circunstancias que anteceden llevan a la Sala a considerar que la medida empresarial aquí impugnada encuentra amparo legal en el marco de actuación que se contempla en la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, no desvirtuando tal conclusión la simple existencia del mencionado Expediente de Regulación de Empleo pues en el Plan Social consensuado por la representación de la empleadora y los sindicatos, aprobado por la Autoridad Laboral, se hace expresa referencia y se incluyen medidas dirigidas a crear un plan de bajas a través de programas individuales, desvinculación anticipada y jubilaciones, un programa de empleo contemplando el mantenimiento de éste en las provincias, la creación de empleo, un plan especial de recolocación, un programa de pase a empresas del grupo, otro programa de formación y una garantía de empleo durante la vigencia del Expediente de Regulación de Empleo.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Basilio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, dictada en fecha 3 de Enero de 2013 en proceso seguido en materia de despido, por aquél promovido frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, debemos confirmar y confirmamos la Resolución de instancia.

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el ingreso de una tasa en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso



por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Están exentos de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ