



Roj: **STSJ M 9322/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:9322**

Id Cendoj: **28079340052013100656**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **22/07/2013**

Nº de Recurso: **101/2013**

Nº de Resolución: **668/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9322/2013,**
STS 847/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 668

ILMA. SRA. Dª. BEGOÑA HERNANI FERNÁNDEZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. Dª. AURORA DE LA CUEVA ALEU

ILMA. SRA. Dª. ALICIA CATALÁ PELLÓN

En Madrid, a veintidós de julio de dos mil trece.

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 N° 668/2013

En el recurso de suplicación nº **101/2013**, interpuesto por D. Hernan representado por la Letrada Dª. Elena García, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 41 de los de Madrid, en autos núm. 436/2012, siendo recurrido TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, representado por la Letrada Dª. María de los Ángeles Ludeña Muñoz. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Dª. ALICIA CATALÁ PELLÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D. Hernan contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, en reclamación por 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 trece de septiembre de dos mil doce, 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. - Don Hernan ha venido prestando servicios para la empresa Telefónica de España S.A.U. desde el 31 de enero de 1977, con categoría de Delineante Mayor, con una retribución anual para el año 2012 de 48.828 euros. Su lugar de trabajo era en la Dirección de Servicios Generales y Gestión Patrimonial de la calle Ronda de las Comunicaciones de Madrid.

SEGUNDO.- El 23 de diciembre de 2011 la empresa comunicó al demandante por carta de fecha 14 de diciembre, que en fecha 3 enero de 2012 cumpliría 65 años, edad establecida convencionalmente para la jubilación forzosa, situación a la que pasaría el 1 de febrero de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 de la Normativa Laboral en la nueva redacción de 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.

TERCERO.- El 28 de diciembre de 2011 el actor entregó escrito a la empresa manifestando su deseo de continuar trabajando y prestando servicio a la empresa, y que continuaría acudiendo puntualmente a su trabajo, independientemente de su edad, salvo indicación de la empresa.

CUARTO.- El 29 de diciembre de 2011 la empresa comunicó por escrito al trabajador que reunía los requisitos legales necesarios para acceder a la jubilación ordinaria a partir del día 31 de enero de 2012; y que el 1 de febrero de 2012 causaría baja en la empresa por cumplimiento de la edad de jubilación, quedando extinguida su relación laboral con la empresa.

QUINTO.- El 16 de enero volvió a presentar el demandante escrito a la empresa, el cual se encuentra unido como documento 4 del ramo de prueba de aquél dándose por reproducido y en el que solicitaba la reconsideración de lo acordado y se le permitiera seguir trabajando en la empresa más allá de esa fecha de 1 de febrero de 2012 que entendía responder a un deseo por su parte de despedirle improcedentemente.

SEXTO.- El 30 de enero de 2012 la empresa remitió por buro fax al demandante el escrito que figura en documento número 5 del ramo de prueba de éste y que fue recibido por él en fecha 1 de febrero, en el cual se manifestaba que en relación con su escrito de 16 de enero reiteraban su escrito de respuesta del día 29 de diciembre de 2011 y que por consiguiente le comunicaban que el próximo 22 de febrero de 2012 causaría baja en la empresa por cumplimiento de la edad de jubilación.

SÉPTIMO.- El 20 de febrero de 2012 la empresa acudió al Servicio de Correos para remitir al demandante el escrito que figura en documento 6 del ramo de prueba de ésta que se da por reproducido, habiendo sido infructuosa la comunicación del mismo.

OCTAVO.- El 22 de febrero de 2012 el actor presentó a la empresa el escrito que como documento 5 b de aquel se tiene por reproducido. La empresa contestó remitiéndole por buro fax, recibido el 2 de marzo de 2012, el escrito que presenta el demandante como documento 6, por reproducido.

NOVENO.- El Sindicato Comisiones Obreras ha presentado demanda de conflicto colectivo contra Telefónica de España S.A.U contra otros Sindicatos y el Comité Inter centros de la empresa ,ante la Audiencia Nacional, reclamando que se declare la obligación de la empresa de incorporar durante el año 2011 a un numero minimo de 300 trabajadores, para dar cumplimiento al compromiso adquirido en la norma convencional, a incorporarlos a la plantilla, a ser encuadrados dentro de las categorías laborales previstas en la Normativa Laboral y a que se les aplique el régimen salarial ordinario previsto en la normativa convencional.

DÉCIMO.- El Texto Refundido de la Normativa Laboral incluido como Anexo III del Convenio Colectivo 1993/1995, publicado mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de julio de 1994 (BOE de 20 de agosto de 1994). Convenio colectivo de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2003-2005 (BOE 248/2003, de 16 de octubre de 2003). Acuerdos de la Comisión de Negociación Permanente de 5 de julio de 2006 publicados en BOE 263/2006, de 3 de noviembre de 2006. Convenio colectivo de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010 (BOE 248/2008, de 14 de octubre de 2008 y corrección de errores BOE 281, de 21 de noviembre de 2008). El Convenio Colectivo 2011- 2013 de Telefónica de España S.A.U. (BOE número 186, de 4 de agosto de 2011).

UNDÉCIMO.- El 27 de mayo de 2011 Telefónica de España, S.A.U. solicitó autorización de Expediente de Regulación de Empleo para la extinción de la relación laboral de 8.500 trabajadores de los 27.935 que componen la plantilla conforme al Plan Social que figura en documento 22 de ésta, suscrito el 7 de julio de 2011; dictándose resolución por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración en fecha 14 de julio de 2011 que autorizó la extinción de la relación laboral de 6.500 trabajadores de la plantilla en las condiciones pactadas en el Acta de acuerdo de fecha 7 de julio de 2011; estableciéndose su aplicación desde la fecha de aprobación hasta el 31 de diciembre de 2013.



DUODÉCIMO.- Durante los ejercicios 2011 y 2012 se han incorporado a la empresa 10 titulados medios, 91 titulados superiores y 150 asesores comerciales; y han causado baja por jubilación forzosa 1,7 trabajadores. La Fundación Sepi ha convocado en el año 2011 100 becas para atender el Programa Telefónica 2011 establecido en el Convenio de Colaboración de 11 de octubre de 2011 entre ambas entidades; y en el año 2012, en acuerdo de 10 de abril, el acuerdo incluye la convocatoria de 500 becas.

DECIMOTERCERO.- El 21 de marzo de 2012 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto previo el 10 de abril de 2012.

TERCERO .- En dicha sentencia se emitió el siguiente **FALLO** :

Que desestimando como desestimo la excepción de caducidad de la acción, debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Don Hernan contra la empresa Telefónica de España S.A.U. debo declarar y declaro correctamente extinguida la relación laboral que les unía, absolviendo a la empresa de los pedimentos de la demanda.

No ha lugar a la condena por temeridad o mala fé solicitada.

CUARTO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la representación letrada de D. Hernan , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Magistrado Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora de las presentes actuaciones, el actor exponía, en esencia, que era trabajador de Telefónica desde el 31 de enero de 1977, con categoría de delineante mayor, que el día 23 de diciembre de 2011, recibió comunicación de baja en la empresa por jubilación forzosa a la edad de cumplimiento de 65 años, el 1 de febrero de 2012, en base al artículo 249 de la Normativa Laboral de Telefónica. Que dirigió carta a la empresa, comunicando su voluntad de continuar prestando servicios después de cumplir la edad de 65 años, siendo rechazada tal posibilidad y recibiendo un burofax de la Gerencia de Recursos Humanos en la que le comunican que su baja se realizaría con fecha de 22 de febrero de 2012, siguiendo prestando servicios hasta dicha fecha, en que dirige escrito a Telefónica, expresando el deseo de continuar su relación laboral, que no fue contestado, por lo que Telefónica alegó ser un error hasta el mes de marzo.

Según argumenta, por Acuerdo de 5 de julio de 2006, se incorporó al Convenio Colectivo 2003-2005, con vigencia prorrogada hasta el 2007, el artículo 249 que establecía la edad de jubilación forzosa en 65 años para todos los empleados, como finalidad de mejorar la estabilidad y sostenimiento del empleo y la contratación de nuevos trabajadores como objetivos coherentes de la política de empleo, señalando que los convenios sucesivos han ido declarando la norma en vigor, a través de las cláusulas decimoquintas de los mismos, hasta el Convenio 2011/2013, cuya cláusula 11.2, señala: "Se establece para los empleados de Telefónica de España S.A.U. la jubilación forzosa a los 65 años de edad, siempre que el trabajador afectado tenga cubierto el período 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 65 años o en su defecto la que corresponda según los requisitos exigidos por la legislación vigente, que resulten de aplicación a cada empleado para acceder al sistema público mediante su jubilación ordinaria".

Concluyendo en el sentido de que la empresa pretende ampararse en el redactado del artículo 249 de la Normativa Laboral para aplicar la jubilación forzosa del demandante que, de forma indubitada, ha manifestado su voluntad de continuar prestando servicios, cuando dicho texto derivado del acuerdo de la Comisión de Negociación Permanente, a pesar de manifestar que se vinculaba a los objetivos de la antigua Ley 14/2005, tal adaptación no ha tenido lugar, puesto que no se produce una vinculación inequívoca y relacionada de la jubilación forzosa con la creación correlativa de empleo.

Por todo ello, reclama que su cese se califique como despido improcedente.

La sentencia de instancia ha desestimado la demanda y ha sido recurrida por la representación Letrada del trabajador, quien ha articulado el recurso a través de cuatro motivos con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

El recurso de suplicación ha sido impugnado, aportándose al procedimiento, entre otras y a instancia de la demandada, una sentencia de esta Sala y Sección de 6 de mayo de 2013 , que resuelve la litis planteada por



otro trabajador en similares características al que hoy acciona, en sentido coincidente con el de la resolución recurrida.

Dicha sentencia ha sido objeto de un recurso de aclaración, dictando esta Sección, Auto de fecha 15 de julio de 2013 , a cuyo contenido después nos referiremos.

SEGUNDO.- En sede de revisión fáctica, se pretende:

1.- Que el hecho noveno quede redactado como sigue: "El sindicato CCOO ha presentado demanda de conflicto colectivo contra Telefónica de España SAU, contra otros sindicatos y el comité intercentros de la empresa ante la audiencia nacional reclamando q se declare la obligación de la empresa de incorporar durante el año 2011, a un numero nimio de 300 trabajadores para dar cumplimiento al compromiso adquirido en la norma convencional 2008-2010 a incorporarlos a la plantilla, a ser encuadrados dentro de las categorías laborales prevista en la normativa laboral y a que se les aplique el régimen salarial ordinario previsto en la normativa convencional".

La adición del extremo atinente a que el compromiso al que se refiere el ordinal noveno se refiere al Convenio Colectivo de Telefónica de España SAU (BOE de fecha 14 de Octubre de 2008) para los años 2008-2010, aún cuando no sea decisiva para el signo del fallo se admite, en tanto efectivamente la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2011, proc. N°. 89/2011 se refiere al mismo.

En segundo lugar, se pretende la modificación del ordinal duodécimo, para que dentro del mismo se sustituya la expresión: "... han causado baja por jubilación forzosa 1,7 trabajadores..." por la de "... han causado baja por jubilación forzosa 107 trabajadores...", pretensión que también se estima en tanto deriva del folio 92 de los autos que se cita y en el que se ampara.

TERCERO.- Esta Sala y Sección, como decíamos en el primer fundamento, ha dictado Sentencia el 6 de mayo de 2012, RS nº 6203/2012 , en la que se desestimó el recurso planteado por el entonces trabajador, en sentido coincidente como decíamos, a lo fallado en la sentencia hoy recurrida.

Frente a la citada sentencia se interpuso un recurso de aclaración, resuelta por Auto dictado al efecto, que sin alterar el signo de nuestro fallo, determinó la eliminación dentro del fundamento segundo, del siguiente párrafo: " *En cuanto a 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* ".

La cuestión que entonces decidió esta Sala y Sección, era ciertamente idéntica a la que hoy se plantea y a la misma debemos estar por elementales razones de seguridad jurídica.

En ella se planteaba también la infracción de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 56 del mismo texto legal, por considerar que el Convenio Colectivo 2011 -2013 de Telefónica de España, de aplicación a los autos, a los enjuiciados en aquel recurso y ahora, no se encontraba "vinculada con la jubilación forzosa de los trabajadores de la empresa, sino con necesidades generales a las que hace alusión la Cláusula Cuarta del Convenio, referida principalmente al contexto general, a las políticas de reducción de plantilla precedentes, a un programa de becas para la formación de jóvenes titulados y al cumplimiento de los compromisos del anterior Convenio sin cumplimentar tres años después del mismo, pero en ningún caso por la jubilación obligatoria a la edad de 65 años".

También se aducía que el trabajador había mostrado su voluntad de seguir trabajando para la empresa una vez cumplidos los 65 años de edad, refiriéndose al igual que ahora a los perjuicios que la negativa de Telefónica le producía por la pérdida del 3% de su prestación de jubilación y se concluía en el sentido y así lo expresábamos de que "... el trabajador acredita haber cotizado aproximadamente 42 años (en nuestro caso, más de cuarenta dice) de los que prácticamente 25 años (en el nuestro 35) lo han sido en Telefónica, viniendo tanto la Disposición Adicional 10ª del Estatuto, en relación con el art. 163 LGSS a primar la continuidad en el trabajo después de los 65 años, en relación con la regulación actual de la jubilación y en contraste con el Convenio...".

En la sentencia citada razonábamos que "... *Esta cuestión ha sido ya resuelta por nuestro más Alto Tribunal en unificación de doctrina criterio que hemos de acatar y mantener por estrictas razones de seguridad jurídica y que pasamos a exponer: "SEGUNDO.- La demandada, al amparo del artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL1995/3689, alega la infracción del artículo 249 de la Normativa Laboral de Telefónica S.A., de la*



Cláusula Cuarta y Décimo quinta del vigente Convenio Colectivo, de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores EDL1995/13475. Y, en consecuencia, aplicación indebida del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 49.J) del Estatuto de los Trabajadores.

El debate viene originado en la afirmación hecha por la sentencia recurrida de que el mandato convencional de jubilación a los sesenta y cinco años no se vincula directamente, de forma inequívoca y relacionada, con la creación correlativa de empleo. La resolución impugnada hace referencia a que en el vigente Convenio se alude a las "Garantías y creación de empleo" las cuales incluyen que dichas medidas de reorganización no serán a causa de bajas, a creación de empleo mediante absorciones o fusiones, y a la incorporación progresiva "a través de procedimientos de contratación externa de un mínimo de 500 trabajadores", cifra que "podría adaptarse en función de las bajas producidas por aplicación de los mecanismos previstos en la cláusula 11.2 y 11.3 (bajas voluntarias incentivadas y jubilación anticipada) finalizando la sentencia con la afirmación de que no existe referencia concreta alguna a la sustitución de los trabajadores que se jubilen forzosamente a los 65 años por razón de edad.

Es por lo tanto ratio decidendi la consideración de que el Convenio Colectivo de la demandada no se ajusta a las exigencias de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores sobre la que se asienta la validez en su caso, de las cláusulas de jubilación forzosa en una edad prefijada, añadiendo la cita de las SSTS de 14/10/2009 EDJ2009/271402 y de 22/12/2008 EDJ2008/322766....

Frente a las anteriores razones, la recurrente sostiene que la sentencia desconoce el texto del Hecho Probado Noveno ya que a través del mismo; señala, cabe apreciar la vinculación controvertida a la vista del artículo 249 de la Normativa laboral, relacionándola con el artículo 15 del Convenio Colectivo vigente en los años 2008-2010, que la mantiene como parte de la regulación del Convenio Colectivo y a través de la cláusula cuarta, el establecimiento de las previsiones que aseguren la estabilidad en el empleo y la contratación de 500 nuevos trabajadores. Afirma el carácter real de dichos compromisos insistiendo en la remisión al hecho probado Noveno del que resulta la cifra de nuevas contrataciones entre 2009 y 2010 y la asunción de la plantilla de otras filiales sin que por el contrario haya habido extinciones forzosas de contratos. La cuestión así planteada devuelve el litigio a anteriores planteamientos análogos a los que ha dado respuesta esta Sala.

Es doctrina consolidada, por todas, SSTS del pleno de la Sala de 22/12/2008 (R.C.U.D. 856/2007 EDJ2008/314109 y 3460/2006 EDJ2008/322766), de 12/05/2009 (R.C.U.D. 2153/2007) EDJ2009/134910 y de 10/11/2009 (R.C.U.D. 2514/2008) EDJ2009/300322 cuyos razonamientos se reproducen a continuación: "DÉCIMO.- 1.- Ciertamente que el planteamiento del recurso está formalmente limitado a defender una interpretación de la DT Única por completo desligada de la DA 10ª y a afirmar que cese forzoso del trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación se encuentra desvinculado de objetivo de empleo alguno; limitación de la pretensión recurrente que hubiera consentido "sin detrimento de nuestra obligada tutela judicial" que diésemos por finalizado el debate tras nuestros anteriores razonamientos.

Pese a ello consideramos que la argumentación ofrecería una inconveniente laguna si no afrontase otra decisiva cuestión, cual es la que atañe al significado que haya de darse a la expresión legal «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», y a los que -como tales objetivos" acto continuo menciona específicamente la propia DA 10ª ET (redacción dada por la Ley 14/2005). Lo que supone dar respuesta a tres sucesivos adverbios "«qué»; «cómo»; y «dónde»" relativos a los indicados objetivos, para de esta forma poder dar cabal contestación al segundo punto nuclear en la resolución del litigio (siquiera no hubiese sido formalmente planteado), cual es el de si el Convenio Colectivo que examinamos cumple "de alguna manera" las previsiones legales que son contrapartida a la obligada extinción del contrato por razón de edad.

2.- Sobre la primera cuestión (en «qué» consisten), la respuesta impone la aclaración "casi superflua" de que la enumeración de motivos que el precepto hace («mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo») no es cerrada sino simplemente ejemplificativa, como demuestran los sintagmas «tales como» y «cualesquiera otros» que la misma norma emplea. Y en segundo lugar, también es obligado resaltar que su caracterización viene dada por la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2005, al indicar que «Se trata, en todos los casos, de objetivos compatibles con el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo contenido en el artículo 40 de la Constitución EDL1 978/3879 y con la política de empleo desarrollada en España en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»; o lo que es igual, el marco de referencia para los objetivos a «vincular» con el cese forzoso por edad en el Convenio Colectivo bien pudiera ser el que representa la relación de metas que para la «política de empleo» señala el art. 2 de la Ley de Empleo (Ley 56/003, de 16/Diciembre).



En todo caso debe ponerse de manifiesto "habida cuenta de la evolución legal y jurisprudencial producida" que la expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta "pese a la redundancia de la norma" en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo (conversión de los contratos temporales en indefinidos); b) sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores); y c) incremento en la calidad del empleo (fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo). 3.- Sobre el «cómo» han de expresarse los objetivos «coherentes» con la política de empleo, la Sala considera "para que los criterios del Tribunal Constitucional no resulten burlados" que para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera (piénsese en que las citadas innovaciones tecnológicas "por ejemplo" llevan a «favorecer la calidad del empleo», pero serían endeble justificación para amortizar por sí solas puestos de trabajo por la vía de la jubilación colectivamente pactada), ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación alejada de hueca retórica, sino que el obligado acatamiento a aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la sumisión a los principios que se derivan de la propia Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, por fuerza llevan a sostener que entre el sacrificio (individual) que comporte el cese forzoso y la explicitada contrapartida (colectiva) de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo.

4.- El último interrogante («dónde») solamente puede tener una respuesta, y es la de que las medidas de política de empleo "contrapartida al cese forzoso" han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y de que no cabe una justificación ad extra de ellas. La cuestión que en definitiva se plantea es si resulta suficiente "para justificar el cese forzoso por edad" que en el Convenio se pacten concretas medidas de política de empleo o si "por el contrario" es preciso que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo.

Nos inclinamos por esta última exigencia, siendo así 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."

Posteriormente, la STS de 18 de enero de 2011 (R.C.U.D. 98/2010) EDJ2011/5253 contemplaba el supuesto de la impugnación de una cláusula convencional de jubilación forzosa, concretamente en su artículo 7 en el cual, además, el último inciso añadía que "como medida vinculada a lo anterior, las Cajas asumen el compromiso, durante la vigencia del presente Convenio Colectivo , establecido en la Disposición Adicional Primera".

Dicha Disposición Adicional establecía que "continuando con su política de expansión de empleo, las empleadoras asumen el compromiso de crear 3.000 empleos brutos a nivel sectorial en el periodo 2007-2008. Las empleadoras comunicarán anualmente a la Comisión Mixta interpretativa los datos necesarios para la observancia de la presente Disposición".

Lo anterior determinó que la doctrina recaída en este caso concluyera, tras la invocación de la STS de 10 de noviembre de 2009 (R.C.U.D. 2514/2008) EDJ2009/300322 con la afirmación de que en el supuesto analizado existía una expresión concreta dentro del propio Convenio de la vinculación con los objetivos coherentes con la política de empleo, consistente en la creación de 3.000 nuevos empleos, y dado que se estima cumplida la medida, ya que constaba la jubilación de 402 trabajadores, la contratación de 14.308, la adquisición de la condición de fijos de 8.409 trabajadores, de los cuales 4.230 por novación de contratos temporales y el resto nuevas contrataciones".

.... Igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha pronunciado en el mismo sentido, como por ejemplo en las sentencias de fecha 22/10/2010 (Rec. Suplicación 2999/2010 Secc. 1ª) y 19/12/2011 (Rec. Suplicación 5093/11 Sección 6ª).

Aunque en el recurso de suplicación se intenta diferenciar el Convenio Colectivo 2008-2010 del Convenio Colectivo 2011-13, la realidad es que la cláusula 4ª prácticamente no ha variado, tal y como expuso la Juzgadora de instancia, al igual que el artículo 249 de la Normativa Laboral de Telefónica, cuando el referido artículo no



ha sufrido variación alguna desde su aprobación, por lo que cabría entender incluso que sobre este artículo 249 regiría la cosa juzgada, así: La Normativa Laboral de Telefónica, vino a "restablecer" la jubilación forzosa, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 14/2005 de 1 de julio, y su DA 10ª, y por ello dice en el segundo párrafo del art. 249 de la Normativa Laboral que "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".

Como se observa a través del Acuerdo de la Comisión de Negociación Permanente no sólo se dio un nuevo redactado a los párrafos 1º y 2º del art. 249 de la Normativa Laboral sino que el punto 2º del mismo, indicaba que "la medida extintiva de la relación laboral vinculada a la edad de 65 años se encuentra referenciada a los objetivos de Política de empleo, expresados en el vigente convenio colectivo 2003/2007..." -mención obligada, puesto que el Convenio Colectivo 2003/2007 -BOE 16/10/2003-, se hallaba ya en vigor, cuando se adoptó dicho Acuerdo. Es decir, era preciso, hacer la referencia a la garantía de empleo que establecía el Convenio Colectivo de 2003 en la cláusula 4ª. Y el hecho de que a continuación, y en ese mismo segundo párrafo del Acuerdo, no del art. 249, indique que "asimismo esta medida pretende propiciar la consolidación de nuestra empresa..., con la garantía de mejora de estabilidad en el empleo..." y que "Los cambios que en el futuro pudieran darse, deberán ser objeto de negociación por las partes para garantizar el mantenimiento de los objetivos marcados por la Ley 14/2005".

Y esas dos concretas medidas u objetivos de política de Empleo citados en el art. 249 N.L., se contienen en la Cláusula 4ª del Convenio Colectivo 2011/2013.

Los compromisos en ella recogidos, los primeros se reconducen a la Estabilidad (lo que el Convenio, denomina "garantía") en el Empleo y el tercero y cuarto a la Creación de Empleo. Se trata de los dos objetivos a los que el art. 249 de la Normativa Laboral vincula expresamente la jubilación forzosa, de forma expresa e inequívoca.

No son teóricos, ni genéricos, la cláusula 4ª repite constantemente palabras política de empleo, creación de empleo, garantía de empleo.

La realidad es que a día de hoy se han incorporado en la compañía durante los años 2011/12 en el momento de celebración del juicio 251 trabajadores es decir, prácticamente en dicho momento la casi totalidad de los comprometidos en la cláusula después solamente de unos meses de la aprobación del convenio colectivo (agosto de 2011), quedando todavía más de un año de vigencia, siendo una cifra muy superior a los trabajadores acogidos a la jubilación forzosa durante los años 2011/12 que asciende a un total de 111 trabajadores tal y como constan ambos datos en el ramo de prueba documental, así como la total aplicación del programa de becas al haber sido incorporados 100 becarios de acuerdo con el hecho probado 5º de la sentencia de instancia.

Del inmodificado relato factico se han acreditado las nuevas contrataciones lo que cumple con los criterios establecidos por nuestro Tribunal Supremo y que nos lleva con desestimación del recurso a confirmar la sentencia de instancia en su integridad, todo ello sin expreso pronunciamiento en costas..."

Doctrina toda ella que forzosamente debemos reiterar en este caso, en tanto el supuesto es idéntico.

No altera el resultado desestimatorio del recurso que al trabajador se le indicara inicialmente que la fecha de efectos de la jubilación sería el 1 de febrero de 2012 y él siguiera prestando servicios hasta la baja producida el día 22 del mismo mes y año, porque como muy bien dice el Magistrado de instancia, aún cuando ello pudiera producir cierta contradicción y no coincidir con la fecha en la que el trabajador cumplió 65 años, 31 de enero de 2012, ello no determina la existencia de un despido en lugar de una legítima terminación del contrato por jubilación del trabajador, de conformidad con el artículo 49.1 f) del ET, que es la figura ante la que nos encontramos, por mucho que los efectos de la jubilación se dilataran veintidós días por voluntad de la empresa a cuya decisión compete tal ampliación.

Por todo ello, el recurso decae en su integridad, procediendo la confirmación del atinado fallo recurrido.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de DON Hernan, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de los de Madrid, de fecha 13 de septiembre de 2012, en virtud de demanda formulada por el recurrente contra Telefónica de España S.A., sobre despido, y confirmamos la sentencia de instancia de instancia en su integridad.

Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones el destino legal.



Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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 resolución pueden, si a su derecho conviene, interponer RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE 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 lo 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, que deberá acreditar ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente número nº 2876 0000 00(SEGUIDO DEL NÚMERO DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN) que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación (o casación para la unificación de doctrina) contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 y 3 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala, y expídase testimonio de esta sentencia para su unión al rollo de suplicación.

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

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 30/7/2013 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.