



Roj: **STSJ M 11513/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:11513**

Id Cendoj: **28079340052013100716**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/07/2013**

Nº de Recurso: **6557/2012**

Nº de Resolución: **715/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sentencia nº 715

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 5ª

MADRID

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

Presidente

Ilma. Sra. Dª Aurora de la Cueva Aleu :

Ilma. Sra.Dª Alicia Catalá Pellón :

En Madrid, a 29 de julio de 2013.

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

En el recurso de suplicación 6557/12 interpuesto por Estanislao , Landelino Y Miguel representado por el Letrado LUIS ZUMLACÁRREGUI PITA, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 29 DE MADRID en autos núm. 1571/09 siendo recurrido TELEFONICA DE ESPAÑA SA representado por el Letrado CARMEN FERNANDEZ MUÑOZ. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sra. Alicia Catalá Pellón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Estanislao , Landelino Y Miguel contra TELEFONICA DE ESPAÑA SA en reclamación sobre CANTIDAD Y DERECHOS 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 22 de febrero 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.- Los actores prestaron servicios para la empresa Tema Network España S.A.U., en las siguientes circunstancias:

- Estanislao : 23.2.1999: 3.760

Euros/mes.



- Landelino : 29.10.2001: 2.406,24 Euros/mes.
- Miguel : 10.1.1999: 3.528,20 Euros/mes.

SEGUNDO. - Con fecha 30.7.2006 se produjo la fusión por absorción entre Telefónica de España S.A. (Sociedad Absorbente) y la empresa Terra Network (Sociedad Absorbida), quedando la Sociedad absorbente plenamente subrogada en cuantos derechos u obligaciones proceden de la absorbida, sin reservas, excepción ni limitación, conforme a Ley, con efectos retroactivos desde 1.1.2006 (Doc. nº11 de la demandada)

TERCERO. - Los actores se rigieron por el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la CAN, de los años 2005-2006 y por el Marco de Condiciones Laborales de Terra prorrogado hasta el año 2007.

CUARTO.- El Convenio Colectivo de Telefónica de España S.A.U. se publicó en BOE 14.10.2008 y en su anexo 1 se acuerda un Plan de Integración de Condiciones de Trabajo para el Colectivo de TData y de Terra Network, en el que se recoge:

"A la vista de esta situación, es interés conjunto de la Dirección de la Empresa y de los Representantes de los Trabajadores proceder a la integración plena de los colectivos de trabajadores de las extintas citadas empresas dentro del marco laboral de Telefónica de España.

Para abordar este proceso debe tenerse en cuenta, con carácter previo, que las diferencias de partida de ambos colectivos entre sí y de cada uno de ellos respecto a Telefónica de España dentro del ámbito de las relaciones laborales son considerables, tanto desde el punto de vista de clasificación profesional, ordenación de tiempo de trabajo, retribución e incluso de aspectos sociales. Todo ello da lugar a una disparidad de condiciones laborales que deben ser valoradas individualmente, para ser armonizadas globalmente, de modo que se afronten tanto los aspectos positivos para los trabajadores, como aquellos otros que no lo son tanto, evitando así la aplicación de la denominada técnica del espiguelo que no es aceptada por nuestros Tribunales.

Por todo lo expuesto, se elabora el presente Plan de Integración que tiene por finalidad última la incorporación total en las condiciones que en el mismo se contienen al finalizar su período de vigencia, previsto con el mismo límite temporal que el fijado en la Cláusula 2 del Convenio Colectivo, del que forma parte integrante.

2. Ambito de aplicación: El presente Plan de integración será de aplicación a los colectivos de trabajadores incluidos dentro de los ámbitos de aplicación de sus respectivos Convenios Colectivos que pertenecen a la firma del presente documento a la plantilla de Telefónica de España, se integraron en la misma como consecuencia de la absorción de las extintas Telefónica Data España (incluido el colectivo procedente de Telefónica Soluciones que se integró previamente con sus condiciones en Tdata) y Terra Networks.

3.- Encuadramiento profesional: Los empleados de Telefónica Data España y Terra Networks España quedarán encuadrados de manera progresiva en el sistema de categorías profesionales de Telefónica de España, dentro del nivel de entrada de más de 3 años o de 30

Dada la heterogeneidad del colectivo y la variedad de situaciones, las equivalencias entre los Grupos Laborales y los puestos tipo en el caso de los trabajadores de TData y las categorías profesiones de Terra se llevarán a cabo partiendo de las actividades y tareas que realizan los

trabajadores actualmente dentro del plazo de vigencia del Convenio y, tomando como referencia las tablas de equivalencia que se exponen a continuación para cada uno de los colectivos, derivadas del estudio de puestos de trabajo."

En el caso del "colectivo de Terra" la categoría profesional de "Titulado", quedó encuadrada en la categoría de "Titulado Medio! Técnico Medio" de Telefónica (folio 128 de autos).

Sigue diciendo el apartado 3 del Anexo 1.1.:

"En todos los puestos anteriores, en aquellos casos en que las funciones de la categoría, grupo laboral o puesto tipo de procedencia no se contemplaran dentro de las funciones de las categorías, grupo laboral o puesto tipo de procedencia, no se contemplaran dentro de las funciones de las categorías actualmente existentes en la Normativa Laboral de Telefónica de España, se considerarán incluidas de manera automáticas las primeras de ellas dentro de las de la categoría laboral de Telefónica de España que en cada caso se determine en base a criterios de similitud y/o analogía, atendiendo al contenido esencial de la prestación cada caso.

Se abrirá un proceso de seguimiento en la Comisión de Clasificación profesional para analizar posteriores desajustes de adscripción. En dicho proceso se analizarán, partiendo de las funciones realizadas, las situaciones que puedan requerir una modificación del encuadramiento inicial propuesto en el presente texto.



Asimismo, y con objeto de racionalizar el tratamiento salarial de los colectivos en situaciones especiales derivadas del encuadramiento retributivo, se estudiarán y propondrán soluciones de mejora en aquellos casos en los que se produzcan desajustes significativos en su estructura salarial, atendiendo a las compensaciones globales, la categoría de encuadramiento, las expectativas profesionales, la promoción económica dentro de la categoría, la retribución por tiempo, la retribución variable de procedencia, y todas aquellas circunstancias relevantes en esta materia.

Especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo.

A efectos de pases de nivel por antigüedad y retribución por tiempo, se considerará como fecha de referencia el 1 de julio de 2006".

QUINTO. - Con fecha de 27.11.2008 se constituyó y reunió la Comisión de Clasificación Profesional para realizar los encuadramientos de los colectivos de Terra y Data. Se efectuó nueva reunión el 5.5.2009 de información sobre el cierre del proceso de revisión adscripciones y propuestas de trabajo, nuevo modelo de clasificación profesional (Documentos nº6 y 7 de la demandada).

SEXTO.- Con fecha de 28.7.2008 la empresa Telefónica de España S.A.U. dirigió comunicación a los actores en relación con las condiciones económicas y laborales de aplicación como consecuencia de la integración con el siguiente tenor (folios 211, 218 y 197 de autos)

"Dentro de este marco y por lo que se refiere a tu situación personal, con efectos de 1 de enero de 2008 y atendiendo a las funciones que realizas en la actualidad y a la Tabla de Equivalencia recogida en el Plan de Integración, que figura como Anexo 1 de Convenio Colectivo, has sido encuadrado en el Sistema de Clasificación Profesional actual de Telefónica de España en el Grupo/Subgrupo Laboral de Titulados y Técnicos Medios.

Tu fecha de antigüedad en la empresa es la que tenias reconocida. Además, y a efectos de tu nueva adscripción al citado Sistema, la fecha de referencia es el 1 de julio de 2006".

"Por lo que se refiere al resto de condiciones laborales, vacaciones, permisos, etc., quedarás incluido dentro del ámbito del Convenio Colectivo de Telefónica de España, siendo en consecuencia aplicable la Normativa Laboral de Telefónica con las modificaciones introducidas en Convenio Colectivo y las particularidades contempladas en el Plan de Integración."

SEPTIMO.- Los actores formularon en fecha de 27.8.2008 sendas reclamaciones internas sobre las condiciones económicas y laborales, que fueron resueltas en fecha de 28.11.2008, mediante sendas contestaciones de Telefónica en los siguientes términos:

"Dentro de este marco, te comunico que se ha reunido la Comisión de Clasificación Profesional para el análisis, valoración y resolución de las incidencias presentadas respecto a los encuadramientos inicialmente asignados.

En tu caso particular, y tras haber valorado el conjunto de las funciones que realizas en tu puesto de trabajo, se ha considerado que estas coinciden esencialmente con las de la categoría laboral que te fue asignada inicialmente dentro del proceso de encuadramiento, de lo que se deriva el mantenimiento del mismo."

OCTAVO.- El Convenio Colectivo 2008-2010, fue impugnado en los Anexos 1 y 3, dando lugar a los autos 168/2009 Sala Social Audiencia Nacional que en fecha de 6.11.2009, dictaba sentencia desestimando las pretensiones de la actora, y que se tiene por reproducida. Recurrida en Casación, fue casada y anulada con el alcance siguiente:

"Se anula el párrafo final del anexo 1.3 que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo y se anulan en el anexo 1.4.1 las disposiciones que permiten abonar en el nivel transitorio 1 porcentajes inferiores al 100% del salario base de referencia.

Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida que desestima la demanda en todas las restantes pretensiones."

NOVENO. - Los actores prestan servicios: D. Miguel como Gestor de Proyectos en la Jefatura de Servicios Operadoras y Clientes (folio 217 de autos); D. Landelino como Jefe de Proyecto NI en la Jefatura PPTTY Cloud (folio 243 de autos) y D. Estanislao como Técnico de Gestión Comercial en la Jefatura de Proyectos Multicanal (folio 210 de autos) . Todos están encuadrados en el Grupo de 2 de Cotización.

DECIMO.- Realizan una jornada partida de 37,5 horas de trabajo semanales.



UNDECIMO.- Se presentó la papeleta de conciliación en fecha de 17.7.2009, no habiendo sido citadas las partes por el SMAC (folio 7 de autos).

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo:

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

Se tiene por desistido a D. Rafael ."

CUARTO : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante 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 .- La sentencia de instancia, ha desestimado la demanda formulada por tres trabajadores frente a la empresa Telefónica de España SA (teniendo por desistido al cuarto demandante), en la que se postulaba el dictado de sentencia en la que: a) Se declare el derecho de los actores a mantener la categoría de titulado superior que ostentaban cuando pertenecían a la empresa Terra; b) Se condene a abonar a los actores las diferencias por los conceptos de salario base y plus de antigüedad en cuantía de 11.985 euros para el año 2008, a cada uno de los actores y la cantidad de 802,21 euros para cada uno de ellos, desde el 1 de enero de 2009 y hasta que el juicio se celebre, momento en el que sobre esta base, se cuantificará la diferencia definitiva y en la que finalmente; c) Se declare que las condiciones de jornada establecidas en el artículo 105 de la Normativa Laboral, son de aplicación a los demandantes.

Aún cuando sin expreso y específico reflejo en el suplico, en el hecho quinto de la demanda también se aducía que, como consecuencia de la aplicación del Convenio Colectivo de Telefónica, los trabajadores habían pasado del grupo 1 de cotización a la Seguridad Social al grupo 2.

En el acto de la vista, la controversia entre las partes, quedó, sin embargo, limitada a las dos pretensiones declarativas. Esto es, a la atinente al encuadramiento y a la relativa a la jornada de trabajo.

Frente a la sentencia de instancia, se alza la representación Letrada de la parte actora, formulando recurso de suplicación por el cauce descrito en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , que ha sido impugnado por la representación Letrada de Telefónica de España SA.

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

1.- En primer lugar, la adición de un nuevo hecho probado, el duodécimo, del siguiente tenor:

"DUODÉCIMO.- El Art. 9 de la Normativa Laboral de Telefónica define la categoría de Titulado Superior en los siguientes términos:

"Integran este Grupo Laboral los empleados que, con el correspondiente título universitario superior, es decir, el obtenido por superar un ciclo de estudios universitarios de duración igual o superior a cinco años, cuya posesión les fue exigida para acceder al Grupo, y sin sujeción a honorarios o aranceles profesionales, realizan las funciones o tareas para las cuales les capacita el referido título en el área de actividad a la que han sido destinados, de acuerdo con la formación requerida en la misma y el nivel de conocimientos demostrado en el proceso de selección mediante el cual han sido contratados. Igualmente forman parte de este Grupo Laboral los empleados que, mediante la oportuna convocatoria, demuestran poseer los conocimientos y experiencia necesarios para el desempeño de las responsabilidades que en dicho grupo tienen encomendadas, de acuerdo con la legalidad vigente".

El motivo no puede estimarse en tanto pretende incorporar la definición de la categoría profesional de titulado superior del artículo 9 de la Normativa Laboral de Telefónica y esa cuestión no es de índole fáctica sino jurídica.

2.- En segundo lugar, la añadidura al ordinal primero, de un párrafo redactado como a continuación se expone:

"Las circunstancias de la incorporación de cada uno de los demandantes al Grupo Telefónica, fue la siguiente:

. D. Miguel fue contratado por la empresa Telefónica Servicios y Contenidos por Red, SA, el día 11.01.199, mediante contrato en prácticas como Titula Superior (cláusula primera del contrato) en base a su titulación de ingeniero de telecomunicaciones.

Con fecha 10.01.2000 el contrato se transformó de contrato temporal en contrato indefinido, con la correspondiente bonificación de cotizaciones del 25% e las mismas.



. D. Estanislao , suscribió contrato de trabajo indefinido con la entidad Telefónica Servicios y Contenidos por Red, SA, el día 23.02.1999. La categoría pactada en el contrato es la de titulado superior. Con fecha 01.12.2000 la empresa Terra se subrogó en el contrato anterior; y por último

. D. Landelino fue contratado con carácter indefinido por la entidad Terra Network España, SA, el día 29.10.2001. En dicho contrato se refleja que el nivel de estudios es de titulado superior y la categoría objeto del contrato "titulado superior. En el anexo del contrato, en el apartado 1), se vuelve a insistir en que la categoría es de titulado superior, incluido en el grupo de cotización 1.

En las nóminas abonadas en la empresa Terra, a los tres demandantes, se les reconoce la categoría de Titulado Superior".

La añadidura se admite con dos matizaciones: La primera, que respecto al demandante Don Landelino , el apartado primero del Anexo de su contrato, no dice "incluido en el grupo de cotización 1", sino "incluido en el Grupo 1 del Convenio colectivo de Oficinas y Despachos por el que se rige la empresa".

Y la segunda, que la frase que dice "En las nóminas abonadas por Terra a los tres demandantes, se les reconoce la categoría de titulado superior", debe sustituirse por la siguiente, teniendo en cuenta los documentos que obran a los folios 92, 93, 94 y 96:

"En las nóminas abonadas por Terra a Don Estanislao , Don Landelino , se les reconoció la categoría de titulado superior. En la de Don Miguel , aparece la de ING. SUP".

3.- En tercer lugar, la adición al ordinal segundo, de un párrafo del siguiente tenor: "Desde el 30 de julio de 2006, fecha de integración, la empresa absorbente Telefónica de España SA, reconoció a los trabajadores hoy recurrentes, la categoría de titulado superior y en encuadramiento en el Grupo de Cotización I, situación que sólo se modificó en los términos relatados más adelante (hecho sexto)", pretensión que extrae de las nóminas correspondientes al periodo de de 30 de julio de 2006 a julio de 2008.

El motivo, al que expresamente se opone la representación Letrada impugnante del recurso, se estima en parte, aún cuando el recurrente no cite el documento en el que se apoya. Como en realidad lo identifica de manera clara, consideramos necesario abordar su examen y sustituir la versión propuesta como alternativa por la siguiente:

"En las nóminas correspondientes a las mensualidades de diciembre de 2006, diciembre de 2007, enero de 2007, enero de 2008 y febrero de 2008, consta la categoría de titulado superior para los demandantes: Don Estanislao (folios 391 a 399), Don Landelino (folios 500 a 505) y Don Miguel (folios 448 a 452)".

No admitimos que esa atribución de categoría lo fuera durante todo el período de tiempo comprendido entre el 30 de julio de 2006 al mes de julio de 2008, pues ese extremo no se apoya en ningún tipo de documental y tampoco acogemos que se incluya en el relato fáctico que las nóminas reflejaban el grupo de cotización, pues en las examinadas a los folios 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 448, 449, 450, 451, 452, 500, 501, 502, 503, 504 y 505 no consta.

4.- En cuarto lugar, se pretende modificar una afirmación contenida en la fundamentación jurídica con indudable valor fáctico, ubicada en el fundamento segundo, séptimo párrafo y sustituirla por un nuevo hecho probado, el decimotercero, del siguiente tenor: "En el caso del Colectivo de Terra, a 45 de los absorbidos, se les ha reconocido la categoría de titulado superior".

Eliminación a la que no cabe acceder porque el afirmado error en la aseveración contenida en la sentencia, no se desprende del folio número 244, pues de él sólo cabe extraer que en el Acta de constitución y primera reunión de la Comisión de Clasificación Profesional celebrada el 27 de noviembre de 2008, se previó que el criterio de revisión para todas las categorías "ha sido el que se acordó en el Convenio colectivo y el establecido en la Normativa Laboral y con la pretensión de aplicar la norma en lo más estricto posible en todo el proceso y en esa línea se informa que se ha revisado la categoría de adscripción como titulado superior a quienes para su trabajo se requiere un título habilitante para el desempeño de su actividad del que ellos son titulares, tal como establece la normativa".

Por todo ello, el motivo no se estima.

TERCERO .- En el quinto motivo del recurso se denuncia la infracción, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , de los artículos 33.1 y 33.5 del ET , en relación con el artículo 9 de la Normativa Laboral, argumentándose, en esencia, que si como sucede, los tres demandantes fueron contratados al inicio de su relación laboral con Telefónica como titulados superiores y no como titulados en general reconociéndoseles tal categoría y cuando Telefónica absorbe a Data les reconoce también el grupo I de cotización y esto fue así durante dos años (extremo que colige de



la versión que alternativamente ha ofrecido y que en ese aspecto, no hemos estimado), la degradación que efectúa la empresa cuando entra en vigor el Convenio colectivo, vulnera el derecho al mantenimiento por la empresa absorbente de las condiciones laborales anteriores, consagrada en el artículo 44 del ET, no siendo lógico que si eran titulados superiores y esa categoría existe en Telefónica, deba efectuarse, dice "un proceso lógico de integración", que sólo tiene sentido cuando la categoría de Terra o de Data no pueda encajar en la definición de categorías de Telefónica.

Una de las pretensiones declarativas cuya procedencia se discute en este procedimiento es la concerniente a si el encuadramiento efectuado fue o no correcto.

Y ha sido resuelta por esta Sala en sentido coincidente a la sentencia recurrida y a la misma debemos estar por razones elementales de seguridad jurídica.

Nos referimos a la sentencia de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de Septiembre del 2012, Recurso nº: 6142/2011, en la que se pretendía por la entonces demandante "que se le mantuviese la categoría de "técnicos y titulados", en lugar de "titulada-técnico medio..." y... "que se le mantuviese en el grupo 1 de cotización a la Seguridad Social..." y en ella se razona:

En cuanto a la clasificación profesional de la actora que "... La sentencia del Tribunal Supremo de 9/2/11 nos da la luz en este punto.

En el origen de esa sentencia se encuentra la citada demanda de impugnación de convenio colectivo de "Telefónica", que fue desestimada en instancia y, recurrida en casación, dio pie a que el Tribunal Supremo distinguiese entre "las infracciones que se refieren al tratamiento de los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas (Anexo 1) y las que se relacionan con los trabajadores de nueva contratación a los que se les aplica el nuevo sistema de clasificación profesional y las tablas salariales del Anexo 3", diferenciando dentro de la primera de esas infracciones tres denuncias, de las cuales la primera se refería al apartado 3 del Anexo 1, referente al encuadramiento profesional de los trabajadores integrados en "Telefónica" procedentes de "Telefónica Data".

Dijo el Tribunal Supremo al respecto: "En este apartado se contienen las tablas de equivalencia a efectos de la integración de los grupos profesionales de las empresas absorbidas - Data y Terra -. Dice la parte recurrente que su impugnación no se refiere a la correcta o incorrecta transposición de las categorías laborales de estas empresas a las categorías de Telefónica, sino que respecto a estas últimas el colectivo queda en desigualdad en relación con los trabajadores de la empresa de integración. Sin embargo, esta afirmación general solo se concreta para los titulados superiores de Data y Terra y para los oficiales de esta última entidad. Respecto a los titulados superiores de ambas empresas, se afirma que antes de la aprobación del convenio eran considerados como tales, pero tras él, son rebajados a titulados medios y técnicos medios, a pesar de tener la titulación y formación requeridas para desempeñar las funciones del grupo superior. Pero para ello sería necesario establecer una comparación entre los grupos de titulados correspondientes en las regulaciones aplicables en las empresas absorbidas y en la aplicable en Telefónica para ver si la equiparación se ha realizado correctamente o se ha producido alguna desviación que pudiera resultar relevante en términos de igualdad, y este análisis no se ha realizado en el recurso".

Es evidente, por tanto, que hemos de aplicar en el caso presente la resolución que acabamos de transcribir. Por tanto, si ha quedado sentado que el encuadramiento profesional dentro del nuevo convenio de las antiguas categorías profesionales de las empresas absorbidas por "Telefónica de España SAU" sólo podría considerarse ilegal una vez comparadas las funciones de unos y otros grupos de convenio, mal podemos decir que la integración de la recurrente en el grupo al que ha sido adscrita sea ilegal, teniendo en cuenta que ella tampoco ha precisado qué funciones comprendía el grupo profesional de "Telefónica Data" en el que anteriormente estaba integrada, ya que ni tan siquiera menciona el cometido funcional que la asignaba su antiguo convenio.

Es más, si procedemos de oficio al examen del IV convenio de "Telefónica Data SAU" (BOE 22/10/09), vemos que lo único que establecía en su cláusula IX era una distinción entre tres grupos laborales (auxiliares y administrativos; técnicos especializados; y técnicos y titulados), sin definir los cometidos propios de cada uno de ellos, con lo cual es evidente que no hay la menor base que permita pensar que el contenido de las funciones reales de la recurrente, antes y después de su integración en "Telefónica", ha sido el propio de los titulados superiores de "Telefónica". En palabras de la repetida sentencia del Tribunal Supremo "falta la base fáctica que establezca la identidad funcional" entre grupos profesionales de ambos convenios.

Se desestima el motivo...".

Y respecto a la pretensión de mantenimiento del grupo de cotización 1, en lugar del 2, que dicha "... pretensión queda extramuros de las competencias de los órganos judiciales del orden social, por corresponder al



contencioso-administrativo, tal como resulta de lo dispuesto en el art. 3 b) de la antigua LPL , en redacción dada a este precepto por Ley 52/10, debiendo así de oficio, por ser materia de orden público...", acordando la Sala de oficio, la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión de la parte actora referida a un determinado grupo de cotización a la seguridad social.

Estos argumentos determinan el fracaso del motivo quinto del recurso, debiendo advertir, no obstante lo anterior, que, como decíamos al inicio, aún cuando el hecho quinto de la demanda hiciera referencia al descenso que había experimentado su grupo de cotización, el suplico de la demanda no contiene una pretensión de conservación del primigenio ni tampoco en el recurso se denuncia nada al respecto.

CUARTO .- Resta examinar el motivo sexto del recurso en el que, partiendo del artículo 106 de la Normativa Laboral de Telefónica, concluye el recurrente en el sentido de que en las oficinas, el horario es continuado con una flexibilidad de treinta minutos a la entrada y a la salida y que la jornada partida, es excepcional y voluntaria pudiéndose renovar tal voluntariedad por períodos de seos meses y que a los trabajadores de Terra se les aplicó la jornada partida sin voluntariedad en infracción clara de tal precepto, reclamando que se declare el derecho a la jornada continuada, sin perjuicio de pactos específicos de adaptación a la jornada partida.

El motivo nuevamente decae, pero por argumentos distintos.

Debemos hacer notar que la demanda, en el hecho sexto C) se limitó a expresar que el apartado Quinto del Anexo 1 del Convenio colectivo establecía que a partir de enero de 2009, sería de aplicación la jornada establecida en el artículo 105 de la Normativa Laboral de Telefónica y que "pese a lo expuesto, la empresa no da cumplimiento a dicho precepto".

En el suplico se solicitó que "se declare que las condiciones de jornada establecidas en el artículo 105 de la Normativa Laboral son de aplicación a los demandantes".

Ahora se reclama que se declare el derecho a la jornada continuada sin perjuicio de pactos específicos de adaptación a la jornada partida.

Y en el relato fáctico de la sentencia se expresa que los actores realizan una jornada partida de 37,5 horas a la semana. Nada más.

Es evidente que con estos datos a los que el recurrente se aquieta, porque no ha solicitado que se incluya algún indicio de vulneración de la regulación de la jornada en la normativa aplicable a los trabajadores de la demandada, la Sala no está en condiciones de afirmar un incumplimiento por parte de Telefónica en el sentido de haber conminado a los recurrentes a realizar una jornada más penosa, gravosa o perjudicial que la que realizan el resto de los trabajadores, máxime cuando en los contratos de trabajo de los actores figura una jornada de cuarenta horas a la semana de lunes a viernes y que, como dice la sentencia, los actores prestan servicios 37,5 horas en cómputo semanal, con jornada partida:

En invierno, de lunes a jueves, en que deben realizar 8 horas al día (de 8.00/9.00 hasta las 17.00/18.00), interrupción comida 13.00/13.30 y flexibilidad de salida de 13.00 a 13.30 horas. Viernes de 6 horas en jornada continuada de 8.00/9.00 hasta 14.00/15.00 horas.

Y en verano: julio y agosto: 35 horas semanales de lunes a viernes de 7 horas diarias, jornada continuada, flexibilidad horaria de entrada y salida de una hora (8.00/9.00 hasta las 15.00/16.00).

Por otra parte, la voluntariedad en la jornada partida se prevé exclusivamente respecto al servicio de atención al público y en el relato no consta ni el recurrente ha intentado que así suceda, cuáles son las específicas funciones realizadas por los actores, pues el relato sólo especifica en el ordinal noveno, sus concretos puestos de trabajo y teniendo en cuenta que el artículo citado por el recurrente contempla todos los tipos de jornada dependiendo de los concretos servicios prestados en cada caso y que, como dice la Magistrada de instancia, no se ha probado en estos autos, la existencia de algún tipo de disfunción entre la concreta jornada asignada a los actores como colectivo proveniente de Terra Network, con respecto a los departamentos en los que prestan servicios, el motivo fracasa y con él todo el recurso, debiendo dictarse un pronunciamiento que confirme el muy atinado fallo recurrido.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el letrado Sr. Zumalacárregui Pita en la representación que ostenta, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid, en fecha 22 de febrero de 2012 , en autos nº 1571/2009, confirmándola en todos los pronunciamientos que contiene.

Sin costas.



Dese a los depósitos y consignaciones del destino legal.

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

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.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 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.