

Id Cendoj: 08019340012010101628
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 8047/2008
Nº de Resolución: 1663/2010
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MATILDE ARAGO GASSIOT
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

JSP

IL-LM. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

IL-LM. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

IL-LMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

Barcelona, 2 de març de 2010

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 1663/2010

En el recurs de suplicació interposat per Borja a la sentència del Jutjat Social 27 Barcelona de data 23 de maig de 2008 dictada en el

procediment núm. 688/2007 en el qual s'ha recorregut contra la part Telefónica de España S.A.U., ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. MATILDE ARAGÓ GASSIOT.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. En data 28 de setembre de 2007 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Reclamació drets contracte treball, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 23 de maig de 2008, que contenia la decisió següent: " Que desestimando la demanda interpuesta por Borja contra Telefónica de España S.A.U. sobre Reconocimiento Derecho y Cantidad, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones en su contra deducidas " .

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

Primero. El actor Borja , con domicilio en Badalona, prestó serveis para la empresa Telefónica de España S.A.U., con antigüedad 1.9.78, con categoría profesional del encargado de Servicios Generales Principal de 2ª y con parte proporcional de pagas extras de 3.517,86 euros (y de 2.814,29 euros/mes sin

inclusión de pagas extraordinarias, y una ayuda escolar de 121,59 euros/mes.

Segundo. Desde 1.2.97 hasta el 31.7.06 ha desempeñado cargos como personal fuera de convenio, siendo el último cargo desempeñado el de Coordinador Jefe de Ventas Desarrollo VI (fuera de convenio) des 1.3.05 a 31.7.06, con destino en Barcelona y percibiendo un salario sin prorrateo de pagas extraordinarias de 3.385,96 euros (y con inclusión de parte proporcional de pagas extras de 4.232,45 euros).

Tercero. La empresa el 18.7.06 le comunicó resolución de cese en el citado puesto, pasando a desempeñar las funciones propias de la categoría de ESC, en la jefatura de CEGP Barcelona de la Dirección de Servicios Generales; estando el acoplamiento de destino ubicado en la central de Estel.

Cuarto. La empresa dada no comunicó ni informó al comité de empresa de Barcelona sobre la reestructuración del actor.

Quinto. Su localidad de Residencia anterior al desempeño de cargo fuera de convenio era Badalona y prestaba servicios para la empresa también en dicha localidad.

Sexto. El actor cifra en este proceso la diferencia salarial mensual dejada de percibir desde que cesó en el cargo como personal fuera de convenio en relación a la percibida en el que actualmente desempeña en la cantidad de 593 euros/mes, según desglose cuyo contenido por obrar en el hecho tercero del escrito de aclaración de la demanda presentada por el actor en este Juzgado en 4.2.08, se tiene por reproducido.

Séptimo. La empresa la cifra en la cantidad de 314,17 euros ó de 371,84 atendiendo a que cuando estaba el actor fuera de convenio percibía una retribución de un único concepto e importe (salario desempeño puesto) y a que el actor únicamente compara el salario de coordinador con el salario base que percibía sin computar todos los conceptos retributivos según convenio.

Octavo. El actor percibe mensualmente una gratificación de encargado de zona, prevista en el convenio y que no percibía cuando era coordinador.

Noveno. En 26.6.97 la empresa le comunicó por carta su nombramiento como personal con cargo fuera de convenio, como coordinador de Telemárketing entrada 8 en la Jefatura de Venta 1º Linea 1 -Barcelona de la Gerencia de Ventas 4- Cataluña (Gran Publico), con efectos de 1.2.07, así como que su retribución comprendía las siguientes conceptos :

Sueldo base5.189.030 pts.

Complemento cargo ...933.360 pts.

Total.....6.222.390 pts, y en la que quedaban absorbidos los conceptos de antigüedad, ayuda escolar infantil, compensación por días festivos y cualquier otro concepto de su retribución anterior (personal dentro convenio).

Décimo. El marco laboral de referencia de los empleados fuera de convenio de Telefónica de 4.5.02, en su en su punto VIII, regula la "Extinción de la situación fuera de convenio", y establece en su punto 3 que una de sus causas es el "Cese en el cargo o función a iniciativa de la Empresa".

También dispone que "La extinción de la situación Fuera de Convenio cuando no se extinga la relación laboral traerá como consecuencia el retorno a la situación de dentro de convenio, de acuerdo con lo previsto en el Convenio Colectivo vigente". Así como que "Los empleados, que previa a su situación Fuera de Convenio ingresaron en la Empresa como personal dentro de convenio, retornarán a las condiciones de su categoría laboral, actualizándose la antigüedad y los haberes en la fecha del cese, sin efectos retroactivos. Estos empleados serán acoplados en un puesto de su categoría en la misma localidad. Si esto no fuese posible podrán optar a un puesto de su categoría en la localidad más cercana."

Décimo primero. En Convenio Colectivo Laboral de la empresa Telefonía de Espera S.A.U para los años 2003-05 prorrogado hasta 31.12.07, establece en su cláusula 4º una indemnización por traslado de 13.000 euros, cuando la localidad de destino sea Barcelona, teniéndose su contenido por reproducido por obrar en autos; y en su cláusula 4.2, "Otros Mecanismos de reubicación de RRHH", teniéndose también por reproducido.

Décimo segundo. En 10.7.07 formuló en el CMAC papeleta de conciliación, habiéndose celebrado el

acto el 1.8.07, con el resultado de sin avenencia.

Tercer. Contra aquesta sentència la part demandant va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Contra la sentència dictada en reclamació de quantitat que desestima la demanda presentada en reclamació de dret i subsidiàriament quantitat per indemnització per trasllat, presenta recurs de suplicació la part actora, que ha estat impugnada per l'empresa.

SEGON. El primer motiu del recurs pretén la revisió dels fets provats, per la via de *l'article 191 b) de la LPL*, al empara del qual demana el recurrent l'addició del fet següent: "Desde el año 1981 el Sr. Borja no ha variado su residencia familiar, que está ubicada en Badalona".

Cita la documental aportada per la part com a document número 5, indicant que la modificació és transcendent ja que si el demandant mai ha residit a Barcelona, si seria aplicable la Clàusula 4 del Conveni Col.lectiu de Telefónica SAU en allò referent a les indemnitzacions per trasllat.

Ja que així es dedueix del Certificat del Departament d'Estadística i Població de l'Ajuntament de Badalona, i no resulta contradictori per cap altre document ni mitjà de prova, ha de ser incorporat el fet provat el fet nou que es proposa, al relat fàctic, que s'integra en tractar-se de un error per omissió. S'admet en aquest punt el recurs de suplicació.

TERCER. El recurs s'interposa com a segon motiu, per la via de *l'article c) de la LPL*, indicant que la sentència vulnera

A) La Clàusula 4 del Conveni Col.lectiu de l'empresa en relació al punt VIII del Marc Laboral dels Empleats de Fora de Conveni, en relació al *article 40 del ET*. Es refereix també expressament a la quantia de les indemnitzacions per trasllat, que es valora en la quantia de 13.000 euros quan la localitat sigui Coruña, Barcelona, Bilbao, Sevilla y Valencia.

Ja que s'accepten com a fets provats que el demandant abans de ser designat Coordinador tenia la seva residència laboral i personal a Badalona (fet provat cinquè de la sentència), i en ser nomenat Coordinador va ser traslladat per l'empresa a Barcelona, sense percebre cap contraprestació pel fet dels trasllats. Que en ser cessat com a Coordinador, l'empresa va acoblar al actor per realitzar les feines pròpies de la categoria d'Encarregat de Serveis Comercials, en la Direcció de CEGP Barcelona, Direcció de Serveis Comercials. L'acoblament de destinació està ubicat en la central Estel de Barcelona (fet provat tercer de la sentència). El demandant mai va variar de residència, fet del que dedueix el treballador que s'ha operat una mobilitat geogràfica indemnitzable, d'acord amb *l'article 40 del ET*.

No es pot atendre la al·legació del recurrent, ja que el desplaçament de Barcelona a Badalona o viceversa no es pot valorar que comporti una mobilitat geogràfica ni un canvi de residència, atès que es tracta de poblacions llimdants i amb una bona i àgil comunicació mitjançant transport públic, que fa que en cap cas es pugui qualificar de mobilitat geogràfica el trasllat, no per tant, aplicar la normativa indemnitzatòria com si de trasllat de residència es tractés, tal com ha valorat la magistrada del Jutjat Social, amb una interpretació que ha de ser confirmada.

B) S'al·lega finalment pel recurrent la violació de *l'article 41 del ET* i demés concordants, indicant que s'ha produït una modificació substancial de les condicions de treball, sense compliment dels requisits legals, que afecta al horari, sistema de remuneració, sistema de treball, funcions i rendiment, i que les modificacions no han estat comunicades al representant de personal, per la qual cosa s'hauria d'haver declarat nul·la la mesura. El recurrent indica que no li és aplicable la sentència d'aquesta Sala de 13 de juliol de 2007, que es cita en la sentència del Jutjat Social, i insisteix en la pretensió principal de ser restituït en el seu anterior lloc de treball i subsidiàriament a la indemnització per trasllat per valor de 13000 euros.

Tampoc es pot atendre aquesta pretensió, ja que el cessament del càrrec del demandant, que era "de confiança", fet que no es nega i accepten totes les parts, es basa en la aplicació dels articles 81 i 82 de la normativa laboral de l'empresa, i és en base aquesta que opera la modificació del lloc de treball i de la categoria, passant a una modificació de funcions. La normativa laboral citada preveu aquest canvi de forma expressa, indicant que l'extinció de la situació "Fora de conveni" quan no s'extingeixi la relació laboral,

portarà com a conseqüència el retorn a la situació de dins de conveni, d'acord amb el que disposa el Conveni Col·lectiu vigent, i retornarà el personal a les condicions de la seva categoria laboral, actualitzant-se l'antiguitat i els salaris en la data del cessament, sense efectes retroactius, i els empleats seran acoblats en un lloc de la mateixa localitat, si això no fos possible, tindran dret a un en la localitat més propera. *L'article 82 del conveni (BOE 20-08-94)* estableix que la remoció del càrrec o canvi de destinació comportarà la pèrdua de la compensació o gratificació de que gaudissin per l'exercici d'aquell, poden ser destinats a les funcions pròpies de la categoria reglamentària que tinguin en possessió.

El demandant, abans de passar a ser un càrrec de confiança "Fora de conveni" tenia la categoria professional d'Encarregat de Serveis Generals principal de 2^a. Després de la modificació retorna a funcions d'aquesta categoria (fets provats primer i tercer). Si és cert que ha operat una modificació de funcions i salari, estava estrictament en referència a la seva condició de càrrec de confiança fora conveni i posteriorment se'l reintegra en una població propera amb respecte a les seves funcions, categoria i salari, havent-se limitat la modificació a un canvi de localitat, que no es pot considerar com una mobilitat geogràfica. Per tant, s'ha de confirmar la interpretació de la magistrada de instància en el sentit que la modificació operada entrava dins de les facultats del "ius variandi" empresarial, regulades en *l'article 20 del ET*, confirmant la decisió d'aquesta Sala en un supòsit similar, plantejada en la sentència de 13 de juliol de 2007, dictada en un procediment contra la mateixa empresa demandada, recurs de suplicació número 1744/2006. La valoració comporta desestimar el recurs de suplicació, ja que ni s'admet la nul·litat de la mesura per defecte formal, en no ser exigible la forma de *l'article 40 i 41 del ET*, i la indemnització per trasllat, ja que com s'ha valorat no concorre el pressupost indemnitzable, que seria el trasllat de domicili.

Vistos els preceptes legals citats,

DECIDIM

Desestimar el recurs de suplicació interposat per Borja contra la sentència dictada pel Jutjat Social 27 dels de Barcelona, en data 23 de maig de 2008, en el procediment seguit a instància del citat recurrent contra TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, per reclamació de dret i quantitat, amb el número 688/2007, i confirmar en tots els seus punts la sentència dictada.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina, que s'ha de preparar en aquesta Sala en els deu dies següents a la notificació, amb els requisits previstos als *números 2 i 3 de l'article 219 de la Llei de procediment laboral*.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoni que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.