



Roj: STSJ M 14227/2009 - ECLI:ES:TSJM:2009:14227
Id Cendoj: 28079340012009100826
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4561/2009
Nº de Resolución: 873/2009
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0004561/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 00873/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 4561/09

Sentencia número: 873/09

J.G.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO **GONZALEZ** ALLER

Presidente

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSE PARIS MARIN

Ilma. Sra. Dña. MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE 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 de suplicación número 4561/09, formalizado por el/la Sr./Sra. Letrado/a D./ña. SANTIAGO **SATUÉ GONZÁLEZ**, en nombre y representación de DÑA. Silvia contra la sentencia de fecha 23 DE FEBRERO DE 2009, dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de MADRID, en sus autos número 1566/08, seguidos a instancia de la citada parte recurrente y DÑA. Almudena, D. Diego Y DÑA. Concepción frente a "UNISONO SOLUCIONES, CRM S.A", en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./ Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de Teleoperador y con la antigüedad y salario mensual prorrateado que se señalan a continuación, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado, cuyo objeto era "la emisión de llamadas de clientes Vodafone o potenciales para captar nuevas altas y tareas de back office generado, según propuesta 16/P014/06/VO, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa". En el contrato se establecía que la duración del mismo será la de la propuesta 16/P014/06/VO suscrita entre VODAFONE ESPAÑA, S.A. y UNISONO SOLUCIONES CRM, S.A.

NOMBRE ANTIGUO SALARIO

D^a Silvia 9-10-061056,99

D^a Almudena 9-01-071055,92

D. Diego 22-11-061067,65

D^a Concepción 23-08-061002,55

SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 15-10-08 la empresa comunica a los demandantes que "el día 31 de octubre de 2008 finalizará la ejecución de la obra EMISIÓN DE LLAMADAS DE CLIENTES VODAFONE O POTENCIALES PARA CAPTAR NUEVAS ALTAS Y TAREAS DE BACK OFFICE GENERADO, SEGÚN PROPUESTA 16/P014/06/VO para el cliente VODAFONE ESPAÑA, S.A. para cuya realización se contrataron sus servicios, conforme a lo dispuesto en su contrato. En consecuencia su contrato de trabajo quedará extinguido con efectos del día 31 de octubre de 2008".

La misma comunicación realiza al resto de los trabajadores temporales que fueron contratados para dicha campaña.

Con fecha 20-10-08 la empresa comunica al Comité de Empresa y las secciones sindicales con representación en la empresa, la finalización de la campaña a la que estaban adscritos los demandantes.

TERCERO.- En virtud de la propuesta 16/P014/06/VO VODAFONE ESPAÑA, S.A. y UNISONO SOLUCIONES CRM, S.A. estaban ligadas por un contrato mercantil para la prestación de servicios de emisión de llamadas de clientes Vodafone o potenciales para captar nuevas altas, siendo las funciones:

- contactar con el cliente y argumentar para la venta del producto/servicio Vodafone.
- Envío de contratos.
- Recepción de documentación cumplimentada.
- Seguimiento de la activación del alta.
- Envío de terminales y resto de acciones necesarias hasta el cierre de la venta.

El día 31-10-08 finalizó la campaña.

CUARTO.- Actualmente UNISONO tiene cinco campañas distintas para el cliente Vodafone, con distintos objetivos y funciones, distinta fecha de inicio, en virtud de distintas propuestas: Vodafone Televenda, Vodafone Canal Datos, Vodafone Promociones Particulares, Vodafone Potenciales y Vodafone Telegestión (doc. 19 de la empresa).

QUINTO.- Los actores no ostentan ni han ostentado cargo representativo.

SEXTO.- Se ha intentado sin avenencia la conciliación ante el SMAC.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando las demandas formuladas por D^a Silvia , D^a Almudena , D. Diego Y D^a Concepción contra UNISONO SOLUCIONES, CRM S.A, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 22 de septiembre de 2009 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 11 de noviembre de 2009, señalándose el día 25 de noviembre de 2009 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Diversos trabajadores de "Unísono Soluciones CRM, S.A" (en adelante, "Unísono") prestaron servicios en una campaña que esta empresa tenía concertada, como contratista, con "Vodafone España S.A" (en adelante "Vodafone"). El 31 de octubre de 2008 "Unísono" puso fin a esos contratos, invocando la terminación de la referida contrata. Los trabajadores accionaron por despido y el juzgado de lo social nº 17 de Madrid dictó sentencia desestimatoria el día 23 de febrero de 2009.

De los cuatro demandantes sólo uno recurre en suplicación, la Sra. Silvia , quien se acoge a las prescripciones de los apartados b) y c) del art. 191 L.P.L.

SEGUNDO.- El primero de esos apartados la da pie para pedir la adición de un nuevo hecho declarado probado con el siguiente contenido: "Doña Silvia suscribe con la demandada en fecha 12-2-2007 y con efectos de 15-2-2007 documento en virtud del cual se modifica la cláusula sexta del contrato de obra o servicio determinado a tiempo parcial celebrado con fecha 9-10-2006, fecha de inicial prestación de servicios de la trabajadora con la demandada, cuyo contenido era: la realización de la obra o servicio emisión de llamadas y tareas de back office para las distintas campañas dentro de fidelización, según propuesta 5/PO11/05/VO teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa quedando redactada dicha cláusula del siguiente modo: Sexta: La realización de la obra o servicio: emisión de llamadas a clientes Vodafone o potenciales clientes para captar nuevas altas y tareas de back office generado, según propuesta 16/PO14/06/VO teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa".

La realidad del cambio de objeto contractual al que alude el recurso no puede discutirse, a la luz de la documental que se cita con ese fin, como tampoco es cuestionable la relevancia de ese dato.

Prospera la revisión.

TERCERO.- La tesis de fondo de recurso es la siguiente: la Sra. Silvia formalizó un contrato de obra o servicio determinado el 9 de octubre de 2006 cuyo objeto consistía en la participación en la contrata suscrita entre "Unísono" y "Vodafone" que había sido identificada como "5PO11/05VO, si bien en febrero de 2007 ese objeto fue sustituido por otro que correspondía a la ejecución de la actividad propia de una contrata distinta, la 16/PO14/06/VO, suponiendo este cambio, dada su entidad, un nuevo contrato distinto al anterior, de modo que entre la trabajadora de referencia y "Unísono" habría que admitir que desde 9 de octubre de 2006 hasta 31 de octubre de 2008 se habían sucedido dos contratos temporales, cuya duración acumulada, por tiempo superior a 24 meses, se encuentra comprendida en el supuesto del párrafo primero del apartado 5 del art. 15 E.T, debiendo deducir de esta regulación que el contrato de la Sra. Silvia es fijo y, por lo mismo, no podía ser extinguido por la empresa con razones que sólo resultarían válidas si se hubiese tratado de un contrato temporal.

La empresa rechaza esta argumentación poniendo énfasis en el carácter voluntario de la modificación llevada a cabo en febrero de 2007 respecto al objeto del contrato, que considera perfectamente posible y del que entiende no pueden derivar consecuencias distintas a las que resultarían en caso de que lo modificado hubiese sido la jornada "o cualquier elemento esencial del contrato".

El contraste entre estas estas posiciones nos va a llevar a precisar qué entidad tiene el cambio de objeto en un contrato de obra o servicio determinado, qué consecuencias derivan de esa entidad y qué incidencia puede tener en esas consecuencias la circunstancia de que la innovación haya tenido carácter voluntario para ambas partes contratantes.

CUARTO.- Los elementos esenciales del contrato de obra o servicio determinado hace tiempo que quedaron delimitados por la jurisprudencia. En tal sentido dice la sentencia del Tribunal Supremo de 4 octubre 2007 (RCUD núm. 1505/2006):

"Con carácter general se mantiene por la jurisprudencia que para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone (SSTS 22/06/90 [RJ 1990\5507] ; -SG- 17/12/01 -rco 66/01 [RJ 2002\2116]-; -SG- 17/12/01 -rco 68/01 [RJ 2002\2028]-; y 23/09/02 -rcud 222/02 [RJ 2003\704]-). Y más en concreto, tratándose del contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada señala -en pronunciamientos cuya vigencia viene determinada por la identidad de regulación, en este punto, de los RRDD 2104/1984 [21/noviembre [RCL 1984\2697], 2546/1994 [29/diciembre [RCL 1995\226] y 2720/1998 [18/diciembre [RCL 1999\45]]-que son, de necesaria concurrencia simultánea: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (así, desde las SSTS 30/11/92 - rcud 54/92 [RJ 1992\9292]-; 21/09/93 -rcud 129/93 [RJ 1993\6892]-; 26/03/96 -rcud 2634/05 [RJ 1996\2494]-; 05/12/96 -rcud 1875/96-; 10/12/96 -rcud 1989/95- y 30/12/96 -rcud 637/96 [RJ 1996\9864]-, hasta las más recientes de 21/03/02 -rcud 1701/01 [RJ 2002\5990]-; 23/09/02 -rcud 222/02-; 25/11/02 -rcud 1038/02-; 22/10/03 -rcud 107/03-; 22/06/04 -rcud 4925/03-; 15/11/04 -rcud 2620/03-; 23/11/04 -rcud 4924/03-; 30/11/04 -rcud 5553/03-; 31/01/05 -rec. 4715/03-; 11/05/05 -rec. 4162/03 [RJ 2005\4981] -; 24/04/06 -rec. 2028/04 [RJ 2006\3628] -; y 22/02/07 - rcud 4969/04 [RJ 2007\2883]-).

2.- Muy singularmente se ha destacado la esencialidad de la identificación, porque al resultar decisivo que se acredite la causa de la temporalidad, de ahí la trascendencia de que se cumpla la previsión legal -art. 2.2 a) de los RRDD citados- que impone la obligación de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican. «Este requisito es fundamental o esencial pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados [...]; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado» (SSTS 26/09/92 -rcud 2376/91 [RJ 1992\6816] -; 21/09/93 -rcud 129/93 [RJ 1993\6892] -; 26/03/96 -rcud 2634/95 [RJ 1996\2494]-; 14/03/97 -rcud 3660/96-; 16/04/99 -rcud 2779/98-; 31/03/00 -rcud 2908/99-; 18/09/01 -rcud 4007/00 [RJ 2001\8446]-; 21/03/02 -rcud 1701/01-; 25/11/02 -rcud 1038/02-; 22/06/04 -rcud 4925/03 [RJ 2004\7472]-; 23/11/04 -rcud 4924/03 [RJ 2005\569]-; y 30/06/05 -rec. 2426/04 [RJ 2005\7791]-).

De manera que, si en todo contrato de trabajo la definición de su objeto es un elemento esencial, en el de obra o servicio determinado, además, permite que podamos hablar de un contrato de esa naturaleza, precisamente porque es el elemento que permite comprobar si dentro de la actividad de la empresa hay una parcela autónoma y sustantiva y, gracias a la misma, es posible recurrir a esa modalidad de contrato laboral temporal.

El convenio colectivo estatal del sector d telemarketing (BOE 5/5/05) así lo evidencia a través de la regulación que contiene su art. 14.b), a tenor del cual:

"b) Contrato por obra o servicio determinado.-Esta modalidad de contratación será la mas normalizada dentro del personal de operaciones.

A tales efectos se entenderá que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de telemarketing cuya ejecución en el tiempo es, en principio de duración incierta, y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización de la campaña o cumplimiento del servicio objeto del contrato.

Los contratos por obra o servicio determinado, se extenderán por escrito, y tendrán la misma duración que la campaña o servicio contratado con un tercero, debiendo coincidir su extinción con la fecha de la finalización de la campaña o servicio que se contrató, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

Se entenderá que la campaña o servicio no ha finalizado, si se producen sucesivas renovaciones sin interrupción del contrato mercantil con la misma empresa de telemarketing que da origen a la campaña o servicio".

QUINTO.- Como consecuencia de lo anterior, si el objeto de una contrata acota la parte autónoma de la actividad productiva de una empresa y se erige en elemento que permite el contrato de trabajo por obra o servicio determinado, cuando un trabajador es destinado a la ejecución de una contrata distinta a la que especificaba su contrato de trabajo, hemos de apreciar que nace un contrato de obra o servicio distinto del anterior, precisamente porque ese objeto ya no coincide con la obra autónoma o sustantiva invocada por su empresa para acogerse a esa modalidad contractual.

De manera que el cambio de objeto del contrato de obra o servicio y el destino del trabajador a la ejecución de una contrata distinta no implica una novación modificativa que pueda asimilarse a la de otros elementos del contrato, tal como dice la empresa en su escrito de impugnación. Antes bien, esa novación no es posible, porque no lo permite el art. 1204 Código Civil, según el cual "Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles".

Esto último es lo que sucede cuando cambia el objeto del contrato de obra o servicio determinado. En tal caso no habrá una simple novación modificativa, sino una extinción de la obligación precedente (art. 1156 Cc) y el nacimiento de una nueva. O sea, un nuevo contrato de obra o servicio determinado.

El que la trabajadora afectada por la innovación de referencia prestara su consentimiento a la misma no permite otra conclusión porque escapa al poder dispositivo de las partes contratantes el poder alterar los elementos que dan estructura e identidad al contrato de obra o servicio determinado.

SEXTO.- Dispone el art. 15.5 E.T. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Éste es el caso presente. La Sra. Silvia ha tenido dos contratos temporales sucesivos para ocupar el mismo puesto de teleoperadora en "Unísono", cuya duración (desde 9 de octubre de 2006 a 31 de octubre de 2006) excede de 24 meses en un período de 30. Por lo tanto, su relación laboral es de carácter fijo.

Y la terminación de ese contrato, decidida de modo unilateral por la empresa so pretexto de una causa (extinción de la contrata) que no justifica ese fin, constituye despido, del que deberá responder la empresa en cuya plantilla se encontraba la trabajadora, sin responsabilidad alguna para "Vodafone".

Con las consecuencias previstas en el art. 56.1 E.T, que llevan a una indemnización de 3300'69 euros.

El recurso se estima.

SÉPTIMO.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el art. 233.1 L.P.L es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DÑA. Silvia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 17 de los de MADRID de fecha 23 DE FEBRERO DE 2009, en sus autos 1566/08, seguidos a instancia de la citada parte DÑA. Silvia, DÑA. Almudena, D. Diego Y DÑA. Concepción contra "UNISONO SOLUCIONES, CRM S.A", en reclamación de DESPIDO. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y declaramos que la baja laboral de la recurrente, ocurrida el 31 de octubre de 2008, constituye despido improcedente. Condenamos a "Unisono Soluciones CRM, S.A" a que, a su elección, opte por abonar a la recurrente la cantidad de 3300'69 euros o readmitirla en las mismas condiciones que regían antes del despido. Tal opción deberá ejercitarse ante la Secretaría de este Tribunal en los 5 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, entendiéndose que, de no hacerlo, se opta por la readmisión. Condenamos igualmente a la citada empresa a que abone a la recurrente salarios de tramitación por importe diario de 35'23 euros, de los que habrá que descontar los salarios que hubieran podido obtener en otras empresas en las que hubiera prestado servicios con posterioridad a su cese, siempre que tales salarios fueran superiores a los percibidos en "Unisono Soluciones CRM, S.A", y así se acredite por la empresa, pues de otro modo el descuento sólo podrá equivaler al importe del salario mínimo interprofesional. De igual modo procederá que se descuenten de los citados salarios de tramitación los períodos durante los

cuales los recurrentes hubieran podido percibir prestaciones de Seguridad Social incompatibles con aquéllos. Absolvemos a "Vodafone España, S.A". Sin costas.

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 a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

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, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995. 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, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300,51 # deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal nº1006, de la calle Barquillo nº49, de Madrid 28004, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 28260000354561/09 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la c/ Miguel Ángel nº 17, de Madrid 28010, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse 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 el,por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe,

en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.