



Roj: **STSJ M 14210/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:14210**

Id Cendoj: **28079340042016101038**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **178/2016**

Nº de Resolución: **1044/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14210/2016,**
STS 3939/2018

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

251658240

NIG: 28.079.00.4-2015/0006663

Procedimiento Recurso de Suplicación 178/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid 169/2015

Materia: Despido

J.S.

Sentencia número: 1044/2016

Ilmas. Sras:

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

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 **178/2016**, formalizado por el Graduado Social D. Pedro David González Izquierdo en nombre y representación de D^a Nuria, contra la sentencia de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, en sus autos número 169/2015, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a la mercantil KONECTA BTO S.L., sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA.

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 en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La demandante, D^a. Nuria mayor de edad, ha prestado servicios para la demandada desde el 7 junio de 2010, con la categoría profesional de Teleoperador especialista, contrato por obra y servicio determinado a jornada completa, (conformidad), y con un salario mensual bruto mensual de 1.192,41 euros con prorrata de pagas extras (recibos de salarios, 12 últimos meses aportados por la demandada).

SEGUNDO.- El vínculo se articuló a través de contrato por obra o servicio determinado con objeto "El demandante ha suscrito un único contrato temporal, cuyo objeto: obra... Prestación del servicios de banca telefónica y electrónica proporcionado por Gescoban a Banesto según las concretas condiciones contenidas en el anexo correspondiente del acuerdo marco suscrito entre Konecta y Gescoban" (documento aportado por ambas partes).

TERCERO.- El 16 de octubre de 2.014 la empresa entrega a la actora la siguiente comunicación:

Muy Sr./Sra. nuestro/a:

Por medio de la presente venimos a informarle que como consecuencia de la fusión de las sociedades Reintegra S.A. (como entidad absorbente) y de Gescoban Soluciones S.A. U. (como sociedad absorbida), la obra consignada en su contrato de trabajo, queda redactada de la siguiente manera:

"Prestación del servicio ISANTANDER consistente en la atención de la Banca Telefónica a distancia de clientes particulares de Banco Santander, S.A que opera en tiempo real, as/como de las tareas de back office que se puedan derivar de las mismas, según las concretas condiciones establecidas en el Anexo de fecha de 1 de enero de 2014 al Contrato de Arrendamiento de Servicios de 1 de mayo de 2013 suscrito entre Reintegra S.A. y Konecta Bto., S.L."

Ello conlleva que a partir del 1 de agosto de 2013, Reintegra S.A. se subrogó en la posición de Gescoban Soluciones S.A. U. en el contrato de fecha 1 de abril de 2008 y anexos. Por todo lo anterior, la descripción de la obra o servicio contenida en la Cláusula correspondiente de su contrato de trabajo suscrito entre Ud. y la Compañía deberá entenderse como la indicada en el párrafo anterior, sin que ello suponga variación alguna del servicio contratado. Reciba un cordial saludo. (doc. 6 demandada)

CUARTO.-El 16 de diciembre de 2.014 la empresa entrega a la trabajadora comunicación del siguiente tenor:

Muy Sr./Sra. Nuestro/a:

Por medio de la presente le comunicamos la extinción con fecha de efectos de 31 de Diciembre de 2014 del contrato de trabajo de Duración Determinada, Obra o Servicio Determinado a tiempo parcial suscrito entre KONECTA BTO, S.L. y Ud. en fecha 7 junio de 2010 La finalización se produce por realización de la obra o servicio objeto del contrato" como consecuencia de la finalización de la campaña en la que actualmente se encuentra adscrito y para la que fue contratado, en conformidad con lo establecido en el artículo 14 apartado b) del Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Contact Center y en relación con el artículo 49 apartado 1.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). Por lo que le comunicamos será dado de baja en la Sociedad en la referida fecha de 31 de Diciembre de 2014.

Asimismo ponemos en su conocimiento que se encontrará a su disposición la liquidación correspondiente a todos los conceptos devengados hasta la fecha señalada para la resolución del contrato. (Aportado por ambas partes)



QUINTO.- El día 1 de enero de 2.012, BANCO DE SANTANDER SA y REINTEGRA SA suscriben contrato de arrendamiento de servicios cuyo objeto se contiene en un anexo al mismo que no es aportado. El día 1 de enero de 2.014 las partes suscriben anexo a dicho contrato con objeto: la prestación del servicio "I Santander". El servicio de Contact Center de I Santander es el servicio de Banca Telefónica a distancia de clientes particulares del Banco de Santander SA (Santander, Banco de Santander o el Banco) que operan en tiempo real, y permite a dichos clientes la gestión de todos sus productos, y la obtención de información actualizada de los productos contratados y de las campañas comerciales en vigor. Se fija como fecha de finalización el 30 de junio de 2.014

El día 1 de julio de 2.014 BANCO DE SANTANDER SA y REINTEGRA SA suscriben nuevo anexo al contrato de enero de 2.012 en el que se identifica el objeto en la prestación del servicio "I Santander". El servicio de Contact Center de I Santander es el servicio de Banca Telefónica a distancia de clientes particulares del Banco de Santander SA (Santander, Banco de Santander o el Banco) que operan en tiempo real, y permite a dichos clientes la gestión de todos sus productos, y la obtención de información actualizada de los productos contratados y de las campañas comerciales en vigor. Se fija como fecha de finalización el 31 de diciembre de 2.014 (Doc. 8 y 9 demandada)

SEXTO.- El día 1 de mayo de 2.013 la empresa REINTEGRA SA y KONECTA BTO SL suscriben contrato de arrendamiento de servicios. El objeto figura en un anexo al contrato que no ha sido aportado. El día 1 de enero de 2.014 se suscribe "Anexo" a dicho contrato en el que se describe el servicio de la siguiente manera: Es objeto de este Anexo la prestación del servicio "I Santander. El servicio de Contact Center de I Santander es el servicio de banca telefónica a distancia de clientes particulares de Banco de Santander SA (Santander, Banco de Santander o el Banco) que opera en tiempo real y permite a dichos clientes la gestión de todos sus productos y la obtención de información actualizada de los productos contratados y de las campañas comerciales en vigor.

Las labores de gestión telefónica para el servicio descrito se efectuaban en las dependencias de KONECTA BTO. (Doc. 8 demandada).

SEPTIMO.- El servicio I Santander funcionaba como una sucursal del Banco de Santander. Desde el día 31 de diciembre de 2.014 desaparece como tal el servicio de I Santander pasando a ser Banca Telefónica del Banco de Santander.

OCTAVO.- KONECTA BTO SL se encuentra participada por el BANCO DE SANTANDER.

NOVENO.- Se celebró ante el SMAC acto de conciliación con resultado celebrado sin avenencia."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Que desestimando la demanda interpuesta D^a. Nuria contra KONECTA BTO S.L., debo declarar INEXISTENTE el despido de la actora absolviendo a la las codemandadas de sus pedimentos."

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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 26/02/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

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

SÉPTIMO.- Con fecha 29-04-2016 se dictó por esta Sección de Sala sentencia en las presentes actuaciones en la que se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Nuria contra la sentencia de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 26 de MADRID, en sus autos número 169/2015, seguidos a instancia de la recurrente frente a "KONECTA BTO, SL", en reclamación por despido, en el sentido de devolver las actuaciones a la Magistrada a quo a fin de que dicte auto complementando la sentencia impugnada en el que resuelva sobre la pretensión de cantidad recogida en demanda, con plena libertad de criterio, con las consecuencias a ello inherentes y completando al efecto el relato de hechos probados, quedando en consecuencia imprejuizados los restantes puntos de suplicación."

OCTAVO.- Con fecha 6-07-16 se dictó auto complementario por el Juzgado de lo Social de referencia en el que se emitió la siguiente parte dispositiva: " ACUERDO completar subsanado la omisión involuntaria incurrida en la Sentencia número 344/2015, dictada por mí en fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, en autos 169/2015, acogiendo el fallo de la Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 4^a de lo Social de fecha 29 de abril de dos mil dieciséis, y en consecuencia, debe decir lo siguiente:

-En el apartado de hechos probados debe adicionarse el hecho probado DÉCIMO:



La demandada KONECTA BTO S.L. entregó a la actora D^a Nuria documento en el que consta le adeuda la cantidad de 1.907,75 euros por los conceptos y del tenor literal que son de ver en el documento número 2 de la actora, dándose íntegramente por reproducido, que la actora firmó "No Conforme" "No Cobrado" en fecha 5.1.2015, y que no resultó controvertido.

- Se adiciona el hecho jurídico QUINTO:

En relación a la pretensión de reclamación de cantidad que acumuladamente se ejercitó, dentro del ámbito legal y jurisprudencialmente permitido, identificada en el hecho 5º de la demanda y correlativo suplico, por la cantidad de 1.907,75 euros, debe señalarse que no fue controvertido, habiendo reconocido la entidad demandada el documento número 2 de la actora, al haber desconocido la demandada únicamente los numerado 6 al 17 de los aportados por la demandante. A mayor abundamiento, no debe pasarse por alto que el citado documento fundamento de la reclamación ejercitada de cantidad por importe de 1.907,75 euros conforme al hecho 5º de la demanda y correlativo suplico, en que consta con fecha y firma de la actora "NO CONFORME" "NO COBRADO", no solo fue reconocido por la demandada en el acto de plenario, en fase de prueba, sino que, en la contestación a la demanda no fue opuesto expresamente este extremo, y por último y significativamente no compareció la testigo trabajadora de la entidad demandada, que fue propuesto por la actora, a lo que es de aplicación las consecuencias legales prevenidas al respecto. En consecuencia se estima la pretensión de reclamación de cantidad que fue ejercitada.

-El fallo de la sentencia debe rectificarse y en consecuencia será del siguiente tenor literal:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a Nuria contra KONECTA BTO S.L. debo declarar INEXISTENTE el despido de la actora y se condena a la demandada KONECTA BTO S.L. a abonar a la actora D^a Nuria la cantidad de 1.907,75 euros que le adeudaba condenando a la demandada a estar y pasar por la presente condena con las consecuencias jurídicas y económicas inherentes a la misma. Absolviendo consecuentemente a la demandada del resto de pedimentos en su contra."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que desestimó la demanda sobre despido y cantidades entendiendo inexistente una decisión de despido, interpone suplicación la dirección letrada de la parte actora articulando un primer motivo al amparo del apartado a) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Denuncia el recurso la infracción del art. 97 de dicho texto legal en relación con los arts. 209 y 2016 de la LEC y 24.1 de la CE, entendiéndose que concurren las carencias que desglosa y que afectan tanto a los antecedentes de la sentencia, como a los hechos, fundamentos y fallo.

Previamente a su análisis ha de señalarse que el anterior pronunciamiento de la Sala ya indicaba que si bien algunas de ellas bien pudieran ser obviadas o subsanadas mediante las pertinentes modificaciones fácticas, o descartadas en cuanto fueron objeto de motivación o no concurren los requisitos necesarios para apreciar la existencia de indefensión -referencia sucinta al art. 94, mención de protesta en el acto del juicio ante la no comparecencia del testigo propuesto, ...-, no acaecía lo mismo con relación a la petición de cantidad deducida en demanda.

Ahora bien, subsanada esta última cuestión -se dictó auto en fecha 10.10.2016 completando la sentencia de instancia y diligencia de ordenación acordando la puesta a disposición de la cantidad reconocida en sentencia, e instada la continuidad del recurso, procede examinar las restantes cuestiones que lo integran.

Ya avanzábamos que no alcanzan la entidad suficiente para provocar la nulidad de la resolución, por cuanto la sentencia da respuesta a las otras pretensiones deducidas por las partes - en caso de disconformidad con el relato histórico o con la aplicación de las normas, o jurisprudencia, puede articular oportunamente los motivos previstos a tal fin, para modificar, corregir o completar la narración fáctica y alegar la denuncia jurídica sustantiva que estime, subsanando aquellos puntos de la sentencia que, conforme a su criterio, son erróneos, pero siempre bajo el presupuesto de que le ha sido otorgada la tutela judicial efectiva-, también, aunque de forma sucinta, las de la ahora recurrente atinentes a la valoración de la documental no aportada, sin que la no comparecencia del testigo citado provoque aquella nulidad cuando destaca la disposición del órgano judicial para llevar a cabo la práctica acordada, lo cual no pudo realizarse por la razón indicada.

De manera reiterada viene expresando la Sala, entre otras muchas, en sentencia de 11 de octubre de 2012 (ROJ: STSJ MAD 13932/2012), que para acordar la nulidad de la sentencia por quebrantamiento de normas del procedimiento es requisito "sine qua non" que se haya producido indefensión que consiste, según la jurisprudencia constitucional, en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos; pero para que esa indefensión de lugar a la nulidad de los actos procesales es necesario la concurrencia de diversos requisitos complementarios, a saber:



- a) Que el defecto o la falta de garantía sea alegado por la parte que no lo provocó, en aplicación del principio de que no puede alegar indefensión quien no ha actuado en el proceso con la diligencia exigida por la ley.
- b) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, en aplicación del principio de que nadie puede invocar una infracción por él consentida, pues en definitiva, el recurso por quebrantamiento de forma exige un previo recurso ordinario que es la protesta previa en su momento, en aras de la efectiva subsanación del defecto cuando éste se cometió, siendo un requisito tradicionalmente exigido por la jurisprudencia constitucional y social.
- c) Que la indefensión sea material y no meramente formal, es decir, que trascienda al Fallo de la sentencia.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193 b) de la LRJS interesa la modificación de varios hechos de la sentencia.

Del HP 7º a fin de que se suprima por entender que no se ha señalado de dónde se extrae, causando con ello indefensión. Lo mismo imputa y solicita respecto del HP 8º. Contrariamente a lo señalado, del FD 3º se infiere el origen de la declaración contenida en esencia en el primero de aquéllos, mientras que el segundo (HP 8º) que consta en otras resoluciones judiciales citadas en los FD 1º y 2º de la sentencia de instancia, por lo que procede su mantenimiento, señalando en otro caso, que no cabría una revisión de todo el elenco probatorio para alcanzar la conclusión negativa que sostiene la parte.

Seguidamente pretende la introducción de dos hechos.

Para el primero postula esta redacción: *"El 01.12.2014 la demandada inicia la campaña FIOC, en la que la actora presta sus servicios al menos desde el 10.12.2014 (documentos 15 y 6 y ss parte actora". Y para el segundo: "El 31.10.2014 la demandada finaliza la campaña iSantander, siendo sucedida por la campaña Superlínea Santander, en la que la actora pasa a prestar sus servicios. Documentos 16 y 17 parte actora."*

El apoyo probatorio que reseña consiste en diversos correos electrónicos.

Recordemos sobre los extremos antedichos el criterio expresado por la Sala en pronunciamientos precedentes: no puede tratarse de alterar la convicción de instancia pretendiendo que sea la Sala de Suplicación quien realice un nuevo enjuiciamiento de los hechos, con una valoración de toda la prueba y ello porque se contradicen varios presupuestos procesales que delimitan la posibilidad de la revisión de los hechos probados en el Recurso de Suplicación. En primer lugar, su naturaleza extraordinaria, que significa llanamente, que este recurso no constituye una segunda oportunidad para que la parte recurrente pueda obtener la tutela judicial de sus pretensiones ya que nos encontramos en una jurisdicción de única instancia que satisface ese derecho constitucional con la sentencia dictada por del Juzgado de lo Social.

Además ha de reiterarse que la suplicación no es una apelación y la facultad revisora de la Sala queda limitada a los hechos fruto de la valoración de prueba documental o pericial fehaciente, como hemos expuesto anteriormente, quedando fuera del recurso la valoración de prueba testifical y el resultado de la prueba de interrogatorio de parte.

Tales consideraciones conducen al fracaso de las revisiones postuladas, adicionando respecto de los mencionados correos electrónicos, que no constituyen un documento fehaciente dotado de la eficacia y valor probatorio que impone el art. 326 de la LEC; ni por lo tanto son instrumento hábil a los efectos de fundamentar la alteración de los hechos probados de la sentencia de instancia; se trata de la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter, de manifestación personal, por el hecho de haberse plasmado por escrito. En definitiva, constituyen un testimonio documentado y por lo tanto sujeto a la libre apreciación y exclusiva valoración del órgano Jurisdiccional de Instancia, pudiendo ser valorado con el resto y en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al acto del juicio oral dentro de los parámetros y facultad que otorga el art. 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuyo ámbito esta Sala de Suplicación no puede entrar.

TERCERO.- La censura jurídica sustantiva, ex art. 193 c) LRJS, está estructurada en diversos apartados. Concretamente el motivo se subdivide en tres supuestas infracciones: la primera, del artículo 14.b) del Convenio colectivo del sector de Contact Center en relación al artículo 42.3 ET, 15.3 ET y 94.2 LRJS; la segunda, en concordancia con la anterior, por infracción del artículo 15.3 ET en relación al 49.1.c) ET, 14.b) del Convenio y 94.2 LRJS, y la tercera por infracción del artículo 26.3 LRJS.

De ellos descartaremos el último, en tanto que ya se acordó en su momento la nulidad parcial de la sentencia de instancia a fin de que diese respuesta a la pretensión de cantidad arriba referida.

Con relación a la primera de las vulneraciones denunciadas, afirma el recurso que nada ha aportado la empresa sobre la información a la representación de los trabajadores (aparte de las que relaciona) y que como máximo fue información extemporánea, con lo que se vulnera el precepto convencional y los estatutarios arriba



identificados lo que conduce a la improcedencia del despido. En la segunda alega el recurrente la concurrencia de fraude de ley, la prestación de servicios en diversas campañas y la inexistencia de causa de finalización del contrato.

La Sala ha enjuiciado diversos asuntos que guardan la necesaria identidad de razón con el actual. La sentencia de fecha 10 de enero de 2014 (ROJ: STSJ M 53/2014 - ECLI:ES:TSM:2014:53) no admitía la primera de las cuestiones señalando que el original de sentencia indica cuál era el objeto de contrato de trabajo y la referencia a que no se informó a los representantes de los trabajadores de la contrata en su día suscrita entre la empresa principal y la contratista supone una manifestación novedosa, frente a la cual la contratante no ha tenido ocasión de hacer alegaciones y prueba, e irrelevante, por cuanto el citado trámite no afecta a la calificación de la extinción contractual de la trabajadora. La irrelevancia señalada conlleva igualmente el fracaso de este punto de suplicación.

En sentencia dictada por la Sala en fecha 15 de enero de dos mil dieciséis (RS 833/2015) sí que se acogió la denuncia acerca de las irregularidades producidas en la contratación de la Sra. Fidela, que determinaron que ésta no sea conforme a derecho y, por tanto, la verdadera naturaleza del contrato pasó a indefinida por cambio injustificado de objeto en dos ocasiones. Esa resolución argumenta al efecto que: "...La primera ocasión fue la experimentada a raíz del pase de servicios a "IBanesto". Al respecto vemos que el contrato inicial tenía un objeto concreto (HDP 2º): "contact center para Banesto". Sin embargo, el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada nos dice que la actora "pasó de realizar la campaña de IBanesto a hacer la de ISantander tras la desaparición de la primera entidad". Pues bien, no tenemos base para pensar que el objeto de la contrata en su día suscrito por "Banesto" y "Konecta" fuese el mismo que el correspondiente a la contrata entre "IBanesto" y "Konecta", y la razón de esa ausencia se debe a que "Konecta" no ha aportado las contratas en cuestión.

Es verdad que la juzgadora de instancia indica que "la demandante en el hecho sexto de su demanda reconoce que siempre ha realizado las mismas funciones"; sin embargo, si esto es así, sigue sin explicarse por qué tales funciones se prestaron primero para "Banesto" y luego para "IBanesto" sin la correspondiente novación contractual.

La única novación acreditada es la que refiere el cuarto hecho declarado probado, la cual, a criterio de este Tribunal, no está justificada. Nos dice al respecto ese punto del relato fáctico que en octubre de 2014 "Konecta" informó a Doña. Fidela que "Reintegra, SA" había absorbido a "Gescobán Soluciones, SAU" y que, a raíz de esa operación, la actividad que pasaría a realizar la recurrente sería para "ISantander". Ahora bien, tampoco hay nada que explique la relevancia que puede tener "Gescobán" en las contratas reseñadas en los hechos declarados probados sexto y séptimo, ya que en ellos no se hace mención alguna a aquella sociedad, sino única y exclusivamente a "Reintegra, SA". En consecuencia, tampoco cabe otorgar relevancia al hecho de que "Reintegra, SA" se fusionase con "Gescobán" a efectos de cambiar el objeto del contrato de Doña. Fidela.

QUINTO.- Esto nos lleva a repetir cuanto dijimos en la sentencia de este Tribunal de fecha 8 de octubre de 2010 (rec. 2786/10), citada en recuso, al exponer:

"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".

SEXO.- 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 diferente 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 simple novación modificativa que pueda asimilarse a la de otros elementos del contrato. 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.

SÉPTIMO.- A mayor abundamiento, tal como resalta el quinto y último motivo de suplicación, con nuevo apoyo en el art. 15.1 a) ET en relación con el art. 2 RD 2720/98, las únicas contrata que aparecen acreditadas en autos son las suscritas entre "Banco Santander, SA" y "Reintegra, SA" en enero de 2012 (y sus posteriores Anexos de 1/1/14 y 1/7/14) y entre "Konecta Bto, SL" y "Reintegra, SA" el 1 de Mayo de 2013 (y Anexo posterior de 1/1/14), pero nada sabemos de la previa contrata entre "Banesto" y "Konecta" que dio lugar a la inicial suscripción del contrato de Doña. Fidela en abril de 2007, ni de la contrata entre "IBanesto" y "Konecta" que determinó la primera novación del contrato de Doña. Fidela , la cual, además, no se documentó.



Más aún, la única constancia documental de cambio de objeto del contrato de Doña. Fidela fue realizado el 16 de octubre de 2014, amparándose en una alegada absorción de "Gescobán" por "Reintegra" que se dice tuvo lugar "a partir de 1 de agosto de 2013". Pues bien, no ofrece duda que, si la citada absorción empresarial hubiese podido justificar el cambio de objeto del contrato laboral de Doña. Fidela, esa novación debió haberse producido en agosto de 2013, fecha en la que se dice se materializó la fusión referida. Sin embargo, nada se hizo en aquella fecha y no fue hasta octubre de 2014 cuando se modificó el contrato de Doña. Fidela.

Lo que nos da pie para reiterar las conclusiones a las que llegó la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 24 de abril de 2015 (Recurso: 105/2015), a tenor de la cual:

"De la puesta en conexión de la evolución de las repetidas contrataciones de servicios y los objetos de la contratación laboral del Sr. xxx llegamos a varias conclusiones.

Por lo que se refiere a dichas contrataciones hemos visto que la tercera de ellas supuso un cambio de objeto respecto a la anterior. Además, ese cambio de objeto se produjo con efectos de 1 de junio de 2013, mientras que la formalización de esa novación tuvo lugar dos meses después.

La proyección que estos elementos tiene en el contrato del Sr. xxx conlleva que la terminación de los servicios de este último se califique como despido improcedente, y ello por estas razones: está acreditado que el trabajador realizó antes y después de 1 de agosto de 2013 la misma actividad (HDP noveno), lo que no se entiende, pues a partir de la fecha que se acaba de indicar el objeto de su contrato cambió, para adaptarse al de la tercera contrata reseñada; luego, si el objeto de esta contrata era distinto al de la anterior, también tenía que haber cambiado el contenido de la actividad laboral del Sr. xxx y, sin embargo, continuó siendo la misma. Consecuencia: el objeto del contrato de servicio determinado del Sr. xxx no se correspondía con el pactado y, por tanto, tampoco era un contrato temporal regular, de manera que no cabe invocar la causa legal de extinción de ese contrato irregular para poner fin a la relación laboral".

De la lectura de los hechos probados de la actual sentencia de instancia, inalterados, resulta un iter contractual similar al de la entonces demandante, con la única diferencia del momento inicial de la contratación, que aquí se sitúa en fecha 7 de junio de 2010 (HP 1º incombato).

La estimación de este motivo del recurso en los términos señalados conlleva la declaración de la improcedencia del despido y el reconocimiento del derecho de la actora a percibir indemnización, calculada por los servicios prestados desde el 7 de junio de 2010 hasta 31 de diciembre de 2014 en los términos establecidos en la disposición transitoria quinta de la Ley 3/12, en vigor al momento de producirse el despido de la recurrente.

La indemnización resultante, seuo, es de 6.713,00 euros.

En su virtud,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Nuria contra la sentencia de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 26 de MADRID, en sus autos número 169/2015, seguidos a instancia de la recurrente frente a "KONECTA BTO, SL", en reclamación por despido. En su consecuencia:

1º.- Declaramos que el despido de la recurrente, producido el 31 de diciembre de 2014, constituye despido improcedente.

2º.- Condenamos a "Konecta Bto SL" a que, a su elección, opte por abonar a la recurrente indemnización, por importe de 6.713,0 euros, o readmitirla en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido. Tal opción deberá ejercitarse ante la Secretaría de este Tribunal en los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia, entendiéndose que, de no hacerlo, se opta por la readmisión.

3º.- Condenamos igualmente a la citada empresa a que, en caso de readmisión laboral, abone salarios de tramitación, por importe de 39,20 euros diarios. De ellos habrá que descontar los que hubiera podido obtener la recurrente en otras empresas en las que hubiera prestado servicios con posterioridad a su despido, siempre que tales salarios fueran superiores a los percibidos en "Konecta Bto SL" y así se acreditase por esta 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 la recurrente hubiera podido percibir prestaciones de Seguridad Social incompatibles con aquéllos.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe 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 DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0178-16 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000017816), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.