



Roj: **STSJ M 1754/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:1754**

Id Cendoj: **28079340042016100110**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **12/02/2016**

Nº de Recurso: **560/2015**

Nº de Resolución: **111/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 4 de lo Social**

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

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2014/0009964

**Procedimiento Recurso de Suplicación 560/2015**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 02 de Madrid 248/2014

**Materia** : Derechos y Cantidad

J.S.

**Sentencia número: 111/2016**

**Ilmas. Sras:**

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a doce de febrero de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4ª 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 560/2015, formalizado por el Sr. Letrado D. Luis Alonso Cristobo en nombre y representación de UTE SERTEL-BT, contra la sentencia de fecha uno de abril de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid , en sus autos número 248/2014, seguidos a instancia de Dª Adriana frente a SERVICIOS DE TELEMARKETING S.A., BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES SAU, OUTSOURCING SIGNO GRUPO NORTE S.L., GSS VENTURE S.L. y la parte



recurrente, sobre Derechos y Cantidad, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ.

## 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:

*I. La demandante ha venido prestando servicios por cuenta de Outsourcing Signo Grupo Norte S.L., teniendo reconocida en dicha empresa una antigüedad laboral de 1 de abril de 2010.*

*II. La actividad de la demandante venía realizándose en el servicio 012 de la Comunidad de Madrid, el cual se encontraba adjudicado a la mencionada empresa Outsourcing Signo Grupo Norte S.L.*

*III. Damos por reproducidas las nóminas de la actora en la citada empresa, aportadas como documento número 12 de la demandante.*

*IV. La categoría profesional de la demandante en Outsourcing Signo Grupo Norte S.L. era de Gestor telefónico, según consta en las mencionadas nóminas, siendo su categoría profesional de Gestor telefónico, su jornada semanal de 35 horas, y su horario de lunes a domingo de 8,00 a 15,00 horas, con dos días de libranza.*

*V. Mediante comunicación de 20 septiembre 2013 se participó por dicha empresa a la actora la finalización de la adjudicación de la contrata con efectos del día 17 octubre 2013, con el consiguiente cese de la actora, debiendo pasar a partir del día siguiente a formar parte de la plantilla de la nueva adjudicataria de los servicios, siendo ésta la empresa Servicios de Telemarketing SA (documento número 7 de la parte actora).*

*VI. Mediante comunicación de 24 octubre 2013 la empleadora de la demandante participó a ésta que continuaría prestando servicios hasta el 19 noviembre 2013, como consecuencia de la prórroga acordada por la Comunidad de Madrid, siendo a partir del 20 noviembre 2013 cuando pasaría a integrarse en la plantilla de Servicios de Telemarketing SA (documento número 8 de la parte actora).*

*VII. Mediante comunicación de 13 noviembre 2013 Servicios de Telemarketing SA comunicó a la demandante que el servicio había sido adjudicado a la unión temporal de empresas integrada por Servicios de Telemarketing SA y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.L.U., por lo que se le realizaba la oferta de empleo consistente en contratarla con antigüedad de 20 noviembre 2013, mediante un contrato para obra o servicio adscrito al servicio mencionado, para realizar actividad laboral de lunes a domingo con la categoría de Teleoperadora especialista y jornada laboral de 25 horas semanales en turno de mañana (documento número 10 de la parte actora).*

*VIII. Damos por reproducidas las nóminas de la actora en Servicios de Telemarketing SA, aportadas como documento número 13 de la parte actora y 3 de la unión temporal de empresas.*

*IX. Por la demandante se intentó la conciliación previa ante el SMAC, sin avenencia, según consta en la correspondiente certificación expedida por dicho Organismo y acompañada con la demanda (folio 8).*

*X. La demanda iniciadora de estas actuaciones se formuló el día 26 febrero 2014, solicitándose en su "suplico" que se reconozca el derecho de la actora a mantener las condiciones de trabajo que tenía con anterioridad a la sucesión de empresas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , o subsidiariamente en aplicación del artículo 18 del convenio colectivo de Contact Center, siendo tales condiciones las siguientes:*

*-antigüedad de 22 septiembre 2005,*

*-categoría profesional de Gestor telefónico,*

*-jornada semanal de 35 horas,*

*-horario de lunes a domingo de 8,00 a 15,00 horas, con dos días de libranza.*

*Y que, para el caso de que se entienda no aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , se le abone por Outsourcing Signo Grupo Norte S.L. la indemnización por fin de obra que le correspondería en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores , que asciende a 1.060,86 €."*



**TERCERO.-** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que, estimando en la forma que seguirá la demanda formulada por doña Adriana ,

a)- *Declaro la obligación de la unión temporal de empresas integrada por Servicios de Telemarketing SA y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones SAU de respetar a la actora las condiciones laborales que tenía con anterioridad a 20 noviembre 2013, consistentes en*

*-su categoría profesional de Gestor telefónico,*

*-su jornada semanal de 35 horas,*

*-su horario de lunes a domingo de 8,00 a 15,00 horas, con dos días de libranza.*

b) *Desestimo la pretensión ejercitada frente a la mencionada unión temporal de empresas en lo relativo a la solicitud de antigüedad laboral.*

c)- *Condeno a Outsourcing Signo Grupo Norte S.L. a abonar a la actora, en concepto de indemnización por la extinción de la relación laboral mantenida con dicha empresa (producida con efectos de 19 noviembre 2013) la cantidad de 1.060,86 euros.*

*Se absuelve de responsabilidad, en relación con la pretensión deducida en estas actuaciones, a GSS Venture S.L."*

**CUARTO.-** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte codemandada (UTE SERTEL-BT), 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 10/07/2015, 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.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO: revisión de los hechos probados, art. 193.b) LJS.**

1.- Aunque el enunciado del primer motivo no se corresponde con su contenido, éste se dirige a introducir un nuevo hecho probado en el que se recoja que *la trabajadora aceptó la oferta de empleo en los términos en que le había sido formulada, sin hacer constar reserva u objeción de ningún tipo.*

La pretensión no prospera pues, además de no tratarse de la denuncia de un error de hecho cometido por el juez de instancia, viene a corroborar algo que se deduce del propio contenido de la sentencia en la que figura que la trabajadora firmó el contrato de trabajo. Por otro lado, obvia algo evidente y que no puede desvincularse de la oferta de empleo del posterior contrato: que la trabajadora expresó su no conformidad a la cláusula adicional en el momento de la firma del contrato.

2.- El segundo de los motivos se dirige a modificar el hecho probado por medio de la adición de dos párrafos y con base en los folios 1168, 169 y 171. El contenido propuesto es una versión parcial y resumida del objeto del pliego de prescripciones técnicas del contrato de servicios de información y atención multicanal 012 de la CAM. Al no existir error en la valoración de la prueba, el motivo destinado a dar la redacción que más interesa al recurrente no puede acogerse.

3.- La tercera solicitud destinada a la revisión de los hechos probados se centra ahora en la adición de un nuevo ordinal con base en el documento nº 8 del ramo de prueba de la empresa, folio 220, consistente en el listado de trabajadores adscritos a la contrata facilitado por la codemandada. Interesa la parte que se haga constar que del listado total solo 13 tienen la clasificación de gestor telefónico, 70 teleoperador y teleoperador especialista y el resto supervisor, coordinador, titulado superiores y director.

La adición se nos revela como indiferente al carecer de influencia para alterar el sentido del Fallo cuál fuera la categoría de cada uno de los trabajadores adscritos pues lo relevante es la que ostentara la demandante, la cual aparece además de forma indiscutida: gestor telefónico.

### **SEGUNDO: infracciones de derecho, art. 193.c) LJS.**

1.- En sede jurídica se alega la infracción de lo establecido en los artículos 1256 CC en relación con el 7.1 , 1254, 1255 y 1258 CC insistiendo con esta alegación en la existencia de una oferta de empleo vinculante para las partes.



2.- Considera la recurrente que el contrato se acomodó perfectamente a la oferta de empleo previamente articulada y que, como consecuencia, ésta es un precontrato que obliga a la empresa a contratar en los términos ofrecidos y al trabajador a ponerse a disposición del empleador en los términos acordados. En apoyo cita copiosa jurisprudencia del TS recaída en relación al precontrato y su eficacia.

3.- Yerra el recurrente en su argumentación porque, con independencia de cuáles puedan ser los términos acordados entre las partes, si estos no se ajustan a la normativa estatutaria o convencional, obvio es que el trabajador ostenta el derecho a reclamar la aplicación de aquélla o de ésta. Parece sugerir el recurrente que una vez suscrito un contrato su contenido, aún ilegal, no puede ser confrontado con la normativa del convenio. Con ello olvida lo que es obvio: que el contrato no puede ir contra el convenio o minorar su contenido ni éste a su vez de igual manera en relación con el ET, ex art. 3.1.c ). En definitiva, ahora se trata de verificar el test de ajuste del contrato con el contenido del art. 18 del Convenio, el cual constituye objeto de alegación en el propio motivo cuarto, como en el quinto en unión de los artículos 34 , 38.1 y 2 del Convenio Colectivo del sector de Contact Center y 22 y 39.2 del ET .

4.- Ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre el contenido del citado art. 18 señalando lo siguiente (STSJ 28 noviembre 2014, rec. 680/14, sección 1ª):

*Veamos lo que acuerda ese precepto y las obligaciones que de él resultan para la empresa entrante en una contrata. Dice el art. 18 del referido convenio:*

*"Cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros*

*Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:*

*1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla.*

*2. Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:*

*2.1 Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa, a partir de la publicación del Convenio el 90 % de la nueva plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.*

*2.2 A los efectos de llevar a cabo la elección de los trabajadores, la misma se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10 % formación recibida durante la campaña y 40% selección.*

*3. Para llevar a cabo la nueva contratación de aquel personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña, la nueva empresa contratista de Contact Center, vendrá obligada a respetar las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos.*

*De la misma forma se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión.*

*Se respetará el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional.*

*Se respetarán los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible.*

*Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el trabajador.*

*No habrá período de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año.*

*4. La nueva empresa constituirá una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, para aquellos trabajadores que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado para cada campaña. De producirse vacantes en tal campaña durante el plazo de tiempo señalado, la empresa vendrá*



*obligada a cubrir las con el personal de dichas bolsas, salvo que tuviera trabajadores con contrato indefinido pendientes de reubicación, quienes, en todo caso, tendrán preferencia absoluta para ocupar dichas vacantes.*

5. Los representantes legales de los trabajadores, cuando no exista en la nueva empresa dentro de la provincia donde se va a ejecutar la campaña representación legal de los trabajadores, mantendrán su condición por el tiempo indispensable hasta la celebración de elecciones sindicales en dicha circunscripción y empresa".

La sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de julio de 2008 (rec. 2089/08) señala a propósito de este precepto: "Es evidente, al cabo, que no se trata de una asunción automática de los trabajadores, sino de un compromiso de incorporación a un proceso de selección, nada más, mediante la aplicación de un baremo que tiene en cuenta los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10% formación recibida durante la campaña y 40% selección.

5.- También en sentencia de esta misma sección de 15 de enero de 2016, rec. 901/15 hemos manifestado que el citado precepto convencional... obliga a la empresa entrante en una contrata de "contact center" a realizar un proceso de selección al que ha de llamar a todo el personal de la empresa anterior, aplicando para la selección un determinado baremo que establece el precepto, y como resultado de ello la nueva plantilla deberá estar integrada en un 90% por trabajadores de la anterior empresa que llevaba la campaña, y en principio siempre que tuvieran doce meses al menos de servicios en dicha campaña.

6.- Por su parte la STS de 27 de enero de 2015, rec. 15/14, nos indica en relación con el citado art. 18 que se trata de una mejora de las disposiciones legales cuando no sea aplicable el art. 44 ET, estando sus disposiciones destinadas a garantizar e incentivar la contratación de empleados de la antigua contratista, pero sin llegar tan lejos como el art. 44 del E.T.

7.- Establecido lo anterior comprobamos que en el presente supuesto la actora reúne las condiciones necesarias para la aplicación del precepto. Es cierto, como señala el juzgador, que no consta que se haya llevado a cabo un proceso de selección pero, en cualquier caso, lo que es obvio es que la trabajadora ha sido "seleccionada" y forma parte del porcentaje de trabajadores de la anterior campaña que deben ser integrados por la empresa entrante como parte de la nueva plantilla, estando obligada la nueva empresa contratista a respetar:

*las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos.*

*las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión.*

*el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional.*

*los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible.*

8.- Analizaremos ahora si la nueva empresa ha respetado las anteriores condiciones. Por un lado, ha variado la categoría que ha pasado de gestor telefónico a teleoperador especialista variación que, desde nuestro punto de vista, contradice la promoción profesional ya ganada. En efecto, si hay que respetar el tiempo y la formación consolidadas a los efectos de promoción profesional, obvio es que hay que respetar el nivel ya ganado que implica el respeto al tiempo y formación consolidadas. En la misma línea, las condiciones salariales consolidadas como gestor y que hubiera venido percibiendo en los términos del art. 18 deben ser igualmente respetadas. Con un matiz a destacar, que el propio convenio establece el respeto a las condiciones salariales incluso aunque no se hagan las mismas funciones y turnos pues, en tal caso, lo que único que se ve afectado es el conjunto de los pluses funcionales y de turno que varían o pueden desaparecer con motivo de las funciones pero que deben permanecer si son idénticos. En consecuencia, aunque se hagan diferentes funciones, se deben respetar las condiciones salariales y la categoría pues, como con acierto señala el juzgador, ambas están estrechamente ligadas.

9.- En esta misma línea, si hay que respetar las condiciones salariales consolidadas vinculadas a una categoría aquellas necesariamente también van vinculadas a una jornada y ésta, a su vez, al régimen de turnos que debe ser igualmente respetado. Para no respetarlo, la empresa tendría que alegar y acreditar bien la imposibilidad u otra necesidad organizativa. Nada de esto concurre en el presente supuesto.

10. En definitiva, el juez de instancia no ha infringido ninguna de las normas citadas pues, a la vista de su razonamiento, consideramos que ha aplicado correctamente el precepto convencional. No cuestionándose ningún otro extremo en el recurso relativo al resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia, procede sin más razonamientos su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.





Por lo expuesto,

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por UTE SERTEL-BT contra la sentencia nº 134/15 de fecha 1 de abril de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Madrid en autos 248/14, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución. Se condena al recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir dándose al mismo y a la consignación el destino legal, fijándose en 500 euros el importe de los honorarios del letrado de la parte contraria.

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 2829-0000-00-0560-15 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 (2829000000056015 ) , 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, devuélvanse 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.