

## EDJ 2009/312014

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 5ª, S 20-10-2009, nº 879/2009, rec. 2674/2009

Pte: Hernani Fernández, Begoña

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

CESIÓN ILEGAL

CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO

TRANSFORMACIÓN EN CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

EXPIRACIÓN DEL PLAZO CONVENIDO O DE LA OBRA CONTRATADA

Determinación del momento de finalización

De la obra o servicio

RELACIÓN LABORAL

PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Autonómica

SALARIO

PAGAS EXTRAORDINARIAS

Determinación

Por convenio colectivo

SECTORES Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS

MARKETING, TELEMARKETING

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.191.c, art.228 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.43, art.59.2 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita art.1969, art.1973 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Citada en "Principales aspectos procesales en la cesión ilegal"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Dª Candida, contra Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, Iberphone SAU y Servicios de Telemarketing SA en reclamación de cantidad, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2008, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

"Primero.- Candida viene prestando servicios en el servicio de asesoramiento tributario de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, en virtud de contrato de obra o servicio determinado suscrito por la demandante con IBERPHONE SAU (TELEPERFORMANCE SA) pasando dicha relación a indefinida con fecha de 1-3-03 (hechos no discutidos).

Segundo.-Interpuesta demanda por cesión ilegal de trabajadores por algunos de los trabajadores de IBERPHONE, entre ellos la aquí demandante, el 1-3-05 se dictó sentencia por el Juzgado Social 30 de Madrid en autos 872 y 978-980/04 (acumulados) en la que se declara ilícita la cesión ilegal de trabajadores efectuada en virtud de los contratos de servicio suscrito entre las demandadas con el derecho de los actores a incorporarse a la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de contrato de trabajo de duración indefinida, con

la categoría ostentada previamente de titulado superior y antigüedad desde la fecha de inicio de sus servicios que se especifica en sus respectivas demandas, confirmándose esta sentencia por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10-10-05, dictada en el RSU 3189/05, sentencia que es firme (documentos 1 y 2 del actor).

Tercero.-Mediante orden de 20-4-05 la Consejería de Hacienda adjudicó el contrato de servicio de información presencial y telefónica de carácter tributario a SERVICIOS DE TELEMARKETING, otorgándose el correspondiente contrato el 29-4-05, vigente hasta el 31-12-05, si bien luego se ha prorrogado hasta el 30-7-06 (documentos 7 y 9 de SERVICIOS DE TELEMARKETING).

Cuarto.-La adjudicataria del servicio, SERVICIOS DE TELEMARKETING, dio de alta a la demandante en el servicio de información presencial y telefónica de carácter tributario con fecha de efectos la de 1-5-05, habiéndole reconocido dicha antigüedad en las nóminas que le ha abonado (documento 3 de la actora).

Quinto.-Las empresas demandadas han abonado a la demandante desde el 1-10-03 y hasta el 30-6-06 las cantidades que se refieren en el hecho 3º de la demanda apartado cantidad abonada con prorrata de pagas, que aquí se da por reproducido.

Sexto.-Las cantidades que corresponden a un titulado superior (nivel 9) en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (anexos III y IV) son las que se reflejan en el documento 1 de la Comunidad de Madrid, que aquí se da por reproducido.

Séptimo.-El 31-7-2006 se presentó papeleta de conciliación (documento 1 de la demanda)".

TERCERO.- En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando como se dirá la demanda sobre CANTIDAD, seguida ante este Juzgado bajo el número 820/2006, a instancias de la demandante Candida (DNI NUM000), siendo su Letrada Dª Elena Comín Hernández, contra DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE CONSEJERÍA DE HACIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, como demandada, representada y asistida por el letrado D. Antonio Casamayor de Mesa, y contra SERVICIOS DE TELEMARKETING SA, representada y asistida por el Letrado D. Raúl García Álvarez, y contra IBERPHONE SAU, que no compareció aunque estaba citada, y estimando igualmente las excepciones de prescripción invocadas por las demandadas que comparecieron y la falta de legitimación pasiva invocada por SERVICIOS DE TELEMARKETING SA, DEBO DECLARAR PRESCRITO el periodo reclamado anterior al 1-7-05, ABSOLVIENDO en consecuencia a todas las demandadas del pago de lo reclamado por tal periodo, e igualmente DEBO ABSOLVER a SERVICIOS DE TELEMARKETING SA de todas la reclamación efectuada contra ella, al carecer de legitimación pasiva, CONDENANDO a la CONEJERÍA DE HACIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID al abono a la actora de la cifra de 13.014,36 euros, por las diferencias retributivas entre lo pagado a la actora entre el 1-7-05 y el 30-6-06 y lo que debió pagar como titulada superior nivel 9, declarando a su vez la falta de legitimación pasiva de IBERPHONE SAU (TELEPERFORMANCE SA) para dicho abono".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Dª Candida y Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, siendo impugnado el interpuesto por Dª Candida por el Letrado de la Comunidad de Madrid. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda en reclamación de cantidad, se interponen dos recursos de suplicación ante esta Sala, uno por la representación legal de la parte actora y otro por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Se reclama por la actora en el presente procedimiento, la diferencia retributiva entre lo que se le ha venido abonando en nómina desde octubre de 2003 hasta junio de 2006 y lo que se debería haber abonado en virtud de la declaración de cesión ilegal, referida en el hecho probado segundo de la resolución que se recurre, pues se le debió pagar con carácter retroactivo conforme al salario de un titulado superior de la Comunidad de Madrid.

Examinando en primer lugar el recurso formulado por la parte demandante, en un único motivo, al amparo del art. 191 c) LPL EDL 1995/13689 se denuncia la infracción del art. 43.3 ET EDL 1995/13475 , así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sts. de 30 de noviembre de 2005 y 5 de diciembre de 2006 .

Conforme con el relato de hechos probados, pero disconforme con la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia la recurrente argumenta que tal y como queda recogido en el hecho probado segundo, declarada la cesión ilegal de la actora, por sentencia de fecha 1 de marzo de 2005, reconociéndose su derecho a incorporarse a la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de contrato de duración indefinida, sentencia confirmada por el TSJM, las cantidades abonadas en nomina y las que debieron abonarse en virtud de la ya citada cesión ilegal, es decir las diferencias salariales que aquí se reclaman deben retrotraerse a la fecha de inicio de la prestación de servicios porque siendo la verdadera relación laboral la existente entre la actora y la Comunidad de Madrid, es claro que deben ser reconocidos los efectos económicos consecuentes de conformidad a la doctrina del Tribunal Supremo y ello determina que se incluyan las cantidades por el periodo de octubre de 2003 a junio de 2005.

Respecto a la alegación efectuada, no se cita en el recurso como infringido el precepto para resolver la cuestión objeto de debate y los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida son precisos e inapelables en el sentido de la recta interpretación del art. 59.2 ET EDL 1995/13475 en relación con el art. 1969 CC EDL 1889/1 , cuando recoge "Habiéndose alegado por la DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (en adelante, la CAM) y SERVICIOS DE TELEMARKETING SA (en adelante, SERTEL) prescripción de las cantidades reclamadas con anterioridad al mes de julio de 2005, debe estimarse, declarando prescritas las diferencias anteriores al 31-07-2005, pues nada le impedía haber reclamado simultáneamente a la demanda por cesión ilegal, las diferencias retributivas entre la categoría ostentada y

la que correspondería de titulado superior de la CAM, que fue la desempeñada efectivamente, habiéndose limitado e aquel proceso, como se transcribe en el hecho probado 2º de esta sentencia, a reclamar su derecho a incorporarse como titulado superior a la CAM con efectos de la fecha en la que comenzó sus servicios para la CAM, no habiendo reclamado, aunque pudo acumular dicha pretensión con la declarativa, una acción de condena por las diferencias retributivas correspondientes. También pudo la demandante reclamar esas diferencias retributivas posteriormente, pero antes de presentar esta demanda, aún estando abierto el pleito por cesión ilegal, pues aunque la vista señalada inicialmente en el presente proceso se suspendiera al estar pendiente de recurso la resolución por cesión ilegal, o sea, una cosa es que dicho proceso por cesión ilegal produjera una situación de litispendencia en el presente y otra bien distinta que le impidiera presentar esta demanda, por lo que si la actora quería reclamar la diferencia retributiva, podía hacerlo sin esperar a que se resolviera el recurso en aquel otro proceso, como de hecho hizo finalmente pues esta demanda se presentó hace 2 años.

Por consiguiente, como el presupuesto para activar la prescripción, contemplado en el artículo 59.2 TRET, en relación con lo establecido en el artículo 1969 CC EDL 1889/1, es que la acción pudiera ejercitarse, se impone tener por prescritas las diferencias reclamadas con anterioridad al 1-07-2005, porque la reclamación previa se interpuso el 31-07-2006, debiendo retrotraerse al año anterior, conforme a lo dispuesto en la norma citada anteriormente".

La conclusión a la que llega la sentencia impugnada en cuanto al alcance de la prescripción es correcta y se acomoda a lo establecido en los arts. 59.2 ET EDL 1995/13475 y 1973 CC EDL 1889/1, al haber transcurrido más de un año desde que la acción pudo ejercitarse respecto a las cantidades devengadas, debiendo, por lo expuesto con desestimación del recurso confirmar la sentencia de instancia, sin expreso pronunciamiento en costas.

SEGUNDO.- El recurso formulado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, denuncia al amparo del art. 191 c) la infracción de los arts. 5-8-22 y Anexo III del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, en relación con el art. 43 ET EDL 1995/13475.

Alega la recurrente que una cosa es que una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid declare la existencia de una cesión ilegal en los términos estrictos en los que está discurriendo una relación basada en un contrato administrativo adjudicado por la CAM a una empresa privada, y otra diferente es que como consecuencia de dicha declaración de cesión ilegal, el trabajador afectado por la misma y que, por ende, tiene derecho a integrarse como personal laboral en la CAM, quiera hacerlo a través de una reclasificación encubierta, como ocurre en el presente caso: la demandante era titulada superior según el convenio colectivo aplicable en su empresa de procedencia (convenio del sector de contact center); al integrarse en la CAM, pretende hacerlo en una categoría cuya denominación coincide con la que ostentaba formalmente, pero cuyo contenido funcional no se corresponde en absoluto con el trabajo desempeñado.

Así, en el convenio de contact center, la actora pertenecía al grupo profesional B "Técnicos", que es definido en el artículo 38 diciendo que "pertenecen a este grupo las personas que para el desarrollo de sus funciones deben tener una cualificación profesional en las técnicas propias del trabajo específico que desarrollan"; incluyéndose en este grupo los titulados superiores, frente al Grupo A "directivos o mandos superiores" en el que incluyen a los responsables de departamentos o áreas.

Por su parte, el convenio colectivo de la CAM, en su artículo 5, define el grupo I "Titulados Superiores" como aquél al que pertenecen "los trabajadores de categorías que requieran estar en posesión del título universitario, siendo el contenido general de la prestación muy complejo y especializado".

Por otro lado, el Anexo III del convenio colectivo madrileño, define la categoría de titulado superior como aquella a la que pertenecen "los trabajadores a los que se les exija estar en posesión del correspondiente título superior de carácter universitario, facultativo o técnico. Las funciones, acordes con las definidas para un área de actividad, consistirán en la realización de una actividad profesional de carácter específico y complejo, con objetivos definidos y con alto grado de exigencia en los factores de iniciativa, autonomía y responsabilidad, sin que ello implique mando sobre equipos de personas, pudiendo, no obstante, coordinar las tareas a realizar por otros trabajadores encuadrados en su área de actividad".

Nada ha probado la actora sobre su derecho a ostentar dicha categoría, constanding en el hecho probado cuarto que "La adjudicataria del servicio, SERVICIOS DE TELEMARKETING, dio de alta a la demandante en el servicio de información presencial y telefónica de carácter tributario con fecha de efectos la de 1-5-05, habiéndole reconocido dicha antigüedad en las nóminas que le ha abonado (documento 3 de la actora)" y dado que el art. 43 ET EDL 1995/13475 dispone que las persona afectadas por una cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria, optando la actora por integrarse en la CAM con la condición de indefinida, la previsión del art. 43 ET EDL 1995/13475 está cumplida y dado que no hay equivalencia entre las categorías del Convenio Colectivo es preciso convalidarle su categoría de acuerdo con el trabajo desarrollado, de otra forma si se le integrara en la categoría de Titulado Superior se le estaría subiendo de categoría sin cumplir los requisitos recogidos en el art. 22 del citado Convenio, añadiendo a lo expuesto que la sentencia que estima la cesión ilegal, vincula a este Tribunal en lo referente a dicha cesión pero no en lo que respecta a la categoría de la trabajadora, por lo que la actora debe o bien acreditar que realiza las funciones de dicha categoría o impugnar la clasificación realizada por la Comunidad por entender que no corresponde con sus funciones, debiendo por lo expuesto estimar el recurso formulado por la Comunidad de Madrid revocando la sentencia de instancia y con desestimación de la demanda absolver a la demandada de los pedimentos contra ella deducidos.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª Candida contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 14 de los de Madrid, de fecha 12 de diciembre de 2008 en virtud de demanda formulada por la recurrente contra la Dirección General de

Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, Iberphone SAU y Servicios de Telemarketing SA, en reclamación de cantidad, y confirmamos la sentencia de instancia, sin expreso pronunciamiento en costas.

Estimamos el recurso formulado por la COMUNIDAD DE MADRID revocando en su punto la sentencia de instancia y con desestimación de la demanda absolviendo a la demandada de los pedimentos contra ella deducidos.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral EDL 1995/13689 , advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta núm. 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo núm. 49, 28004-Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c núm. 287600000267409 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel núm. 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, habiéndoseme hecho entrega de la misma por el Ilmo. Magistrado Ponente, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079340052009100825