

Roj: STS 2695/2011
Id Cendoj: 28079140012011100291
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3726/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DESPIDO x
- x INDEMNIZACIÓN (DESPIDO) x
- x CONSIGNACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN (DESPIDO) x
- x SALARIOS DE TRAMITACIÓN x

Resumen:

Despido. Reconocimiento de improcedencia y consignación. No paralización del devengo de salarios de tramitación por error inexcusable en la cuantía de la consignación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Sotero Manuel Casado Matías en nombre y representación de MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFONICO, S.A., contra la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1918/10 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, de fecha 5 de noviembre de 2009 , recaída en autos núm. 1421/09, seguidos a instancia de D^a María Antonieta contra MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO, sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Procurador D. Jacobo García García actuando en nombre y representación de D^a María Antonieta .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 5 de noviembre de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando íntegramente la demanda formulada por D^a María Antonieta contra MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO SA, debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la demandante por parte de la empresa demandada en fecha 14-9-09; y debo condenar y condeno a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo con las mismas condiciones laborales que venía manteniendo, ó le abone una indemnización de TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTE EUROS en concepto de despido improcedente. En ambos casos le deberá abonar los salarios de tramitación dejados de percibir desde el 14-09-2009, que resultan teniendo en cuenta que la actora viene percibiendo la prestación por desempleo desde el 23-09-09, a razón de 28 euros/día".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- La demandante D^a María Antonieta comenzó a prestar sus servicios profesionales para la empresa SERVICIOS TELEMARKETING SA en fecha 23-04- 2007, con la categoría profesional de Teleoperadora Especialista

(Telefonista), y salario de 892 euros/mes, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. Su trabajo lo realizaba en la Plataforma de Servicios Tecnológicos Externo del Banco Popular sito en Getafe (Madrid) y consistía en atender a los clientes del Banco que llamaban por teléfono para informarse por distintas cuestiones. Para desarrollar, en definitiva, el denominado programa I.S.T. (Servicios Tecnológicos de Información), que la empresa había contratado con el Banco Popular.- **2º.-** El citado Servicio (I.S.T.) fue contratado posteriormente por el citado Banco con la empresa MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO SA, en fecha 02-07-2009, continuando la actora prestando los mismos servicios profesionales, con la misma categoría profesional, horario, salario y puesto de trabajo que venía teniendo con su anterior empleadora. La nueva empresa le notificó por carta el día 14-09-2009 su despido que reconocía era improcedente y ponía a su disposición en concepto de indemnización la suma de 267,48 euros que ha consignado en este Juzgado. Indemnización que calculó partiendo del día 02-07-2009 como fecha de antigüedad en la empresa de la actora, y no la de 23-04-2007.- **3º.-** Que a la empresa le es de aplicación el convenio colectivo de Contact Center y ocupa más de 100 trabajadores. **4º.-** La actora está cobrando la prestación de desempleo desde el día 23-09-01, a razón de 28 euros/día.-".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2010 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. SOTERO MANUEL CASADO MATÍAS, en nombre y representación de MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Madrid de fecha 5-11-09, en virtud de demanda formulada por María Antonieta, en reclamación por Despido, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, condenando a la recurrente a abonar al Letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 300 euros, en concepto de honorarios. Dése a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legal".

CUARTO.- Por el Letrado D. Sotero Manuel Casado Matías, en nombre y representación de MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 29 de octubre de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de mayo de 2010.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por D^o María Antonieta, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de abril de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se trata de resolver es si, reconocida la improcedencia del despido por el empresario y habiendo consignado la indemnización por un importe inferior al debido, al no tener en cuenta la antigüedad de la trabajadora en la empresa a la que ha sucedido por subrogación *ex artículo 44 del ET*, se produce o no el efecto previsto en el *artículo 56.2 del ET* consistente en la limitación o supresión de los salarios de tramitación a cargo del empresario. La sentencia recurrida, confirmando la del Juez de instancia, condena al empresario, tanto a la indemnización por despido correspondiente a esa mayor antigüedad -tema que no es objeto de recurso- como al abono de los salarios de tramitación al entender que el haber depositado el empresario una indemnización inferior a la legalmente exigida no puede atribuirse a un "error excusable" y, por lo tanto, no se produce el efecto pretendido de eliminación de los salarios de tramitación.

SEGUNDO.- Por el contrario, en la sentencia aportada como contradictoria, que es de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 438/2010, de 27 de junio de 2010, se llega a la solución contraria ante un supuesto de hecho idéntico al de autos: se trata también de una teleoperadora que comenzó a prestar servicios para una empresa de telemarketing en abril de 2007 y posteriormente, en julio de 2009, pasó a depender de la empresa MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO SA, que es la misma empresa demandada en el caso de autos, que se subrogó en el lugar de la anterior, respetando horario, salario, categoría laboral y puesto de trabajo. Fue despedida en septiembre de 2009 mediante carta en la que se reconocía la improcedencia del despido y se ponía a su *disposición una indemnización calculada sobre una antigüedad de julio de 2009 y no de abril de 2007*. Presentada demanda, el Juzgado de lo Social condenó a la empresa a abonar la indemnización por despido correspondiente a la mayor antigüedad así como a los salarios de tramitación. Pero, recurrida dicha sentencia en suplicación, el TSJ de Madrid -en la citada sentencia de contraste- confirmó la indemnización

por despido impuesta por el Juez de instancia pero revocó parcialmente el fallo de éste en lo concerniente a los salarios de tramitación, que no proceden (salvo los correspondientes a los días transcurridos entre el despido y la consignación) por haberse depositado una indemnización que, pese a ser inferior a la legalmente exigida, ello se debió, según dicha sentencia de contraste, a un error excusable. Concurren, pues, las identidades exigidas en el *artículo 217 de la LPL*.

TERCERO.- Entrando, pues, en el fondo del asunto, se trata de examinar los argumentos a favor de una y otra posición: que el error es excusable o que no lo es. Conviene recordar que la doctrina de esta Sala del TS ha ido especificando muchos supuestos de error excusable y de error inexcusable, entre ellos los relacionados en la STS de 17/12/2009 (RCUD 957/2009). Uno de los supuestos de error excusable, que es directamente aplicable al caso que nos ocupa, es el de la existencia de una dificultad jurídica en la interpretación de algún concepto de los que determinan el cálculo de la indemnización debida. En nuestro caso dicho concepto sería el de la antigüedad de los trabajadores y la dificultad estribaría en concretar si la antigüedad que se debe tomar en consideración es la de la trabajadora con la empresa demandada y que la despide o la que acreditaba con la empresa anterior a la que la demandada sucedió. Sin embargo, para la sentencia recurrida no hay dificultad jurídica alguna: estamos ante un supuesto de sucesión empresarial, que las partes no discuten, y el *artículo 44.1 del ET* es terminante: en tales supuestos queda "el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior", lo que, desde luego, incluye el reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos. Por ello, concluye la sentencia recurrida: "En el presente caso es lo cierto que no cabe apreciar dificultad alguna para fijar la indemnización dado que se trataba simplemente de reconocer a la trabajadora la antigüedad con arreglo a la normativa de referencia al haberse producido la subrogación empresarial, con lo que el cálculo de la indemnización no tendría que suponer ningún problema para la demandada".

La sentencia de contraste, en cambio, entiende que se produce una dificultad por el hecho de que existe un precepto convencional, el *artículo 18 del Convenio Colectivo del Sector de Contact Center (BOE de 20 de febrero de 2008)* que podría dar a entender que no es necesario respetar dicha antigüedad anterior. Concretamente, dice la sentencia de contraste: "En el presente caso, la discrepancia se suscita respecto a la antigüedad de la trabajadora demandante y se plantea si a la subrogación empresarial que se ha producido le es aplicable el *artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores* o si por el contrario se ajusta a lo previsto en la norma convencional y, como se ha visto al examinar el anterior motivo, es una cuestión jurídicamente controvertible, por lo que ciertamente se debe concluir que el error sufrido por la empresa es excusable".

CUARTO.- La doctrina correcta es la de la sentencia recurrida. Es cierto que, como afirma la sentencia de contraste, ha habido una cierta discrepancia en la doctrina de nuestro TS y del TJCE en torno a si hay o no sucesión de empresa cuando no se transmiten elementos patrimoniales sino exclusivamente la mano de obra encargada de realizar las tareas encomendadas a las sucesivas empresas contratistas. Pero hace ya tiempo que esa cuestión quedó resuelta -en sentido afirmativo- sobre todo a partir de las Sentencias del TJCE de 10/12/1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), criterios asumidos por nuestra STS de 20/10/2004, 4/4/2005 y varias posteriores, todo ello de acuerdo con la vigente *Directiva 2001/23 CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, que sustituye a las anteriores 77/187 y 98/50*. Pero ello nada tiene que ver en este caso en el que, por cierto, ninguna de las partes ha discutido que estamos ante una sucesión y consiguiente subrogación. Lo único que ocurre es que el *artículo 18 del Convenio Colectivo* del sector de Contact Center contiene una alusión al "tiempo y formación consolidadas" que deben respetarse "a los únicos efectos de la promoción profesional". Ello no parece tener nada que ver con la antigüedad en general sino con el tema exclusivo de los ascensos. Pero si alguien pudiera interpretar que con esa mención se está excluyendo el alcance de la subrogación impuesta por el *artículo 44 del ET*, es jurídicamente evidente que tal interpretación llevaría a la nulidad y, en todo caso, a la inaplicación de dicha cláusula convencional por contradecir lo establecido en un precepto de derecho necesario absoluto como es el *artículo 44 del ET*. La propia sentencia de contraste lo reconoce así cuando afirma que "se impone la preferente aplicación de la norma estatutaria, conforme a la última línea jurisprudencial en la materia", línea jurisprudencial que tiene varios años de antigüedad y debe ser, por tanto, conocida en el sector y por los profesionales que asesoran a las empresas pertenecientes al mismo. Por lo expuesto, no puede considerarse que estemos ante una cuestión cuya dificultad interpretativa pueda determinar que estemos ante un error excusable del empresario en el cálculo de la indemnización debida.

QUINTO.- Por todo ello, y de conformidad con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida. Con costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Sotero Manuel Casado Matías en nombre y representación de MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFONICO, S.A., contra la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1918/10 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, de fecha 5 de noviembre de 2009 , recaída en autos núm. 1421/09, seguidos a instancia de D^a María Antonieta contra MARKTEL SERVICIOS DE MARKETING TELEFÓNICO, sobre DESPIDO. Confirmamos la sentencia recurrida. Con costas.

Devuélvanse las actuaciones Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.