

Id Cendoj: 33044340012010100981
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 397/2010
Nº de Resolución: 1034/2010
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DESPIDO OBJETIVO

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01034/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

SALA DE LO SOCIAL (C/ SAN JUAN Nº 10)

N.I.G: 33044 34 4 2010 0100405, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACIÓN **397/2010**

Materia: DESPIDO

Recurrente/s: KONECTA BTO S.L.

Recurrido/s: Tomasa

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILÉS de DEMANDA 630/2009

SENTENCIA Nº: 1034/2010

ILTMOS. SRES.

Dª MARÍA ELADIA FELGUEROSO FERNÁNDEZ

Dª Mª DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dª PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS

D. JOSÉ MANUEL BUJÁN ÁLVAREZ

En OVIEDO a nueve de abril de dos mil diez, habiendo visto el recurso de suplicación de los presentes autos de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los lltmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 117.1* de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN **397/2010**, formalizado por la Letrada Dña. Elisa Navas Sánchez, asistiendo a Dña. Marta María de la Higuera del Saz en nombre y representación de la empresa KONECTA BTO S.L., contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2009, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILÉS en sus autos número DEMANDA 630/2009, seguidos a instancia de DÑA. Tomasa , representada por el Letrado D. José Baquer Rebollo frente a dicha recurrente, en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a M^a DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos del mencionado Juzgado de lo Social se dictó sentencia de fecha 13 de noviembre de 2009 por la que se estimaba la demanda.

SEGUNDO.- En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados figuran los siguientes:

1º.- La demandante, D^a Tomasa , con D.N.I. núm. NUM000 , viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada KONECTA BTO S.L. -dedicada a la actividad de telemarketing y gestión de calls center- desde el 5.5.2008, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial (35 horas semanales), para obra o servicio determinado, cuyo objeto consiste en "SERVICIO DE ATENCIÓN TELEFÓNICA Y TELEMARKETING PARA TELEFÓNICA DE ESPAÑA PRESTADO DESDE EL CANAL AVILÉS (OVIEDO)".

Su categoría profesional es de teleoperador y una duración pactada hasta finalización de campaña.

La actora realiza el trabajo en los meses correspondientes a la duración de la campaña y en los días de lunes a domingo en horario de 15:00 a 22:00 horas, con los descansos que establece la ley.

El salario diario por todos los conceptos es de 39,48 euros.

El centro de trabajo está en Avilés.

En la *cláusula adicional 3ª* del contrato se dispone que: "Extinción y/o disminución de la campaña: El contrato de trabajo se extinguirá por las causas generales previstas en la Ley y específicamente por la terminación del contrato mercantil bajo cuya cobertura se suscribe.

A estos efectos se hace constar, que el número de personas contratadas para la realización de la misma se ha determinado en función del número de llamadas y servicios estimados. Si a lo largo del desarrollo de la campaña, las llamadas o los servicios a prestar fueran inferiores a los previstos, se podrá reducir el número de trabajadores proporcionalmente a la disminución del volumen del servicio, pudiendo los trabajos ser concluidos por otros empleados que permanezcan en el desempeño de funciones similares".

Se da por reproducido el contenido del contrato por obrar en autos.

El 7.7.2008 se modificó su jornada de 35 a 39 horas semanales.

2º.- El centro de Avilés inicialmente sólo realizaba el servicio de emisión de llamadas, luego pasó a realizar también la recepción de llamadas.

La actividad de salida de llamadas no se realiza los domingos, ni festivos ni tampoco los sábados.

3º.- La empresa entregó a la actora, el 27.5.2009, carta del siguiente tenor:

"Muy Sr/a. Nuestro/a:

Por medio de la presente le comunicamos la extinción con fecha de efectos del próximo día 10 de junio de 2009 del contrato de trabajo de Duración Determinada, Obra o Servicio Determinado suscrito entre KONECTA BTO y Ud. en fecha 5 de Mayo de 2008.

La extinción se produce por "realización de la obra o servicio objeto del contrato" como consecuencia de la disminución real del volumen de trabajo en la campaña para la que fue contratada.

Esta decisión ha sido adoptada por la Empresa de conformidad con lo establecido en el *artículo 49*

apartado c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) en relación con el artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center. Por lo que le comunicamos será dada de baja en la Sociedad en la referida fecha de 10 de Junio de 2009.

Asimismo ponemos en su conocimiento que el último día de trabajo se encontrará a su disposición la liquidación correspondiente a todos los conceptos devengados hasta la fecha señalada para la resolución del contrato".

4º.- Se acordó por KONECTA BTO S.L., -anteriormente denominada AGM CONTACTA S.L.- en reunión del día 25 de Junio de 2007 la fusión por absorción de la Sociedad de la que se certifica de las denominadas "CONSULTORES DE RECURSOS DE MARKETING" "KONECTA TELEGESTION SL", "KONECTA LEGAL, ADEN COLLECTIONS S.A." Y "KONECTA BTO CONTACTCENTER S.A.", todas ellas pertenecientes al grupo empresarial "KONECTA NET S.L."

5º.- El 17.10.04 se celebró contrato entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. y KONECTA NET S.A., nº 200400002261, en virtud del cual la empresa KONECTA ejecutará el servicio: CAMPAÑAS DE TELEMARKETING DE SALIDA RESIDENCIAL 2004", contrato vigente hasta el 31.12.04 pudiendo ser prorrogado de mutuo acuerdo entre las partes.

Contrato y condiciones que, por obrar en autos, se dan por reproducidos.

Dicho contrato fue prorrogado para las campañas 2005 y 2006.

6º.- En fecha 29.12.06 TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. y KONECTA NET S.A., celebran nuevo contrato nº 200400002261-03, en el que acuerdan:

Que con fecha 20/09/2004 se firmó un contrato entre las partes, ref. 20040000226100, para llevar a cabo las campañas de Telemarketing de Residencia correspondiente al año 2004, siendo prorrogado el citado contrato para la campaña del año 2005 y del año 2006.

Que las partes están interesadas en incorporar al Contrato los Servicios de Atención comercial de Entrada por lo que firman el presente documento de *Cláusula Adicional que, como Anexo nº 3* se incorporará al Contrato, de acuerdo a las siguientes...

...La prestación de los nuevos servicios incorporados mediante este documento al Contrato comenzarán el 1 de noviembre de 2006 y finalizarán el 31 de diciembre de 2006, pudiendo ser prorrogado por las partes de mutuo acuerdo en los mismos términos y condiciones que la prórroga del Contrato.

En fecha 1.1.07 TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. y KONECTA BTO CONTACTCENTER S.A., nº 200400002261-04, se acuerda la prórroga de los servicios CAMPAÑAS DE TELEMARKETING DE SALIDA RESIDENCIAL para el ejercicio 2007 y SERVICIO DE ATENCIÓN COMERCIAL DESARROLLO para el primer semestre de 2007.

Contrato y condiciones que por obrar en autos se dan por reproducidos.

En fecha 1.7.07 TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. y KONECTA BTO CONTACTCENTER S.A., nº 200400002261-05, acuerdan prorrogar el Contrato en cuanto a los servicios denominados de Atención al de Desarrollo durante el segundo semestre de 2007, así como en incorporar al objeto del Contrato, para noviembre y diciembre de 2007, los servicios de teleoperación siguientes: Desarrollo Plus, Fidelización, ECP y CRC.

En fecha 1.1.08 TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. y KONECTA BTO S.L., nº 200400002261-07, acuerdan la prórroga de todos los servicios durante todo el año 2008 e incluir en su objeto la posibilidad de prestación por el proveedor de los servicios denominados Campañas de Telemarketing de Salida de Residencial desde Chile.

7º.- Por la empresa demandada se envió comunicación a los comités de empresa de Konecta BTO S.L., en relación con los contratos con Telefónica, del siguiente tenor:

"CONTRATO MERCANTIL SUSCRITO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA
Y KONECTA BTO CONTACTCENTER

1. Fecha de celebración: 17 de octubre de 2004.

2. Objeto del Contrato: Constituye el objeto de la siguiente propuesta establecer el marco general que se aplicará a las Compañías de Telemarketing de Salida que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante TdE) encargue a KONECTA BTO CONTACTCENTER, S.A. (en adelante KONECTA), que irán dirigidas a los clientes de TdE.

3. Descripción de los Servicios: Este Servicio se llevará a cabo mediante la entrega de los datos necesarios a KONECTA por parte de TdE y la emisión de llamadas necesarias por parte de KONECTA.

Algunos de los servicios que TdE solicita a KONECTA en sus campañas son la venta de productor, información y satisfacción de clientes y gestión de impagados.

La Campaña de Línea de Atención Comercial Desarrollo, tendrá por objeto la atención de las llamadas efectuadas por los clientes y potenciales clientes del área de Residencial de TdE, para una solución eficaz de sus consultas, trámites, ventas y reclamaciones, pudiéndose realizar de igual modo emisión de llamadas y transferencia de las mismas cuando sea necesario.

4. Duración del contrato: Este contrato tendrá una vigencia inicial de 1 año, pudiendo ser prorrogado de mutuo acuerdo por las partes.

5. Horario de prestación de servicios: El servicio se prestará por KONECTA de lunes a sábado de 10.00 a 22.00 horas.

6. Dimensionamiento inicial del personal adscrito a la campaña o servicio: La Campaña Telemarketing de salida residencial tendrá un dimensionamiento inicial de 40 teleoperadores.

7. Ámbito y Lugar de prestación del servicio: La campaña se desarrollará a nivel nacional y el servicio se prestará desde cualquiera de las plataformas de KONECTA".

ANEXO I: CLÁUSULA ADICIONAL ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA Y
KONECTA BTO CONTACTCENTER PARA LA ATENCIÓN DE
SERVICIOS COMERCIALES DE RESIDENCIAL

1. Fecha de celebración: 1 de noviembre de 2006.

2. Objeto del contrato: Constituye el objeto del contrato la incorporación al Servicio prestado por KONECTA para TdE de los Servicios de Atención Comercial y Desarrollo.

3. Descripción del Servicio: Este Servicio tendrá por objeto la atención de las llamadas efectuadas por los clientes y potenciales clientes del Área de Residencial de TdE, para la solución eficaz de sus consultas, trámites, ventas y reclamaciones con un enfoque comercial y orientado a la venta y la satisfacción del cliente, pudiéndose realizar también emisión de llamadas y transferencia de las mismas cuando sea necesario.

Dentro de las llamadas a atender en esta unidad de Servicio se distinguen los siguientes tipos:

- Llamadas de Comercial
- Llamadas de Reclamaciones de Facturación y Cobros de clientes.
- Llamadas de Reclamaciones de Provisión de instalaciones.
- Llamadas de Información.
- Llamadas de asesoramiento técnico y averías.

Asimismo, se podrán organizar Grupos de Apoyo para atender bien llamadas específicas, o bien debidas a campañas de publicidad o eventos/sucesos difíciles de prever.

4. Horario de prestación del servicio: El horario de prestación de servicio será de Lunes a Domingo, de 08:00 a 24:00 horas.

5. Dimensionamiento inicial del personal adscrito a la campaña o servicio: El dimensionamiento inicial de la campaña será de 100 agentes.

6- Ámbito y Lugar de prestación del servicio: La campaña se desarrollará a nivel nacional y el servicio se prestará desde cualquiera de las plataformas de KONECTA."

8º.- Por la empresa demandada se comunicó a los comités de empresa de Konecta BTO S.L, y en concreto al del centro de Avilés, en fecha 26.5.09 lo siguiente:

"Os informamos que a pesar de los esfuerzos realizados por la Dirección de Konecta, ayer día 25 de mayo el cliente TELEFÓNICA DE ESPAÑA ha comunicado a KONECTA la previsión del volumen de llamadas a gestionar para el próximo mes de junio, y lamentablemente un mes más, comprobamos que el volumen de llamadas a gestionar ha sido nuevamente reducido, de forma que la actividad conjunta prestada desde Konecta para este cliente ha experimentado un descenso del 64,43% respecto al volumen de trabajo que se gestionaba en enero de 2009.

Como consecuencia de este descenso de actividad la Dirección de la compañía se ve en la obligación de reducir el número de personas contratadas para la ejecución de este servicio, dejando a partir de este momento y hasta su posible desaparición definitiva exclusivamente a aquellas personas que mantienen contrato de duración indefinida.

En consecuencia y de conformidad con lo establecido en el *artículo 17 del Convenio* de Contact Center ponemos a vuestra disposición en este momento la siguiente documentación:

1.- Relación de los trabajadores con contrato de duración determinada e indefinida adscritos a la campaña.

2.- Histórico de producción del servicio desde el pasado mes de septiembre de 2008.

Concretamente en Avilés la reducción de los trabajos de telemarketing para TELEFÓNICA DE ESPAÑA afectará a 82 personas con contrato de duración determinada. La comunicación a los trabajadores se realizará mañana día 27 de mayo y la fecha de efectos para la extinción de los contratos de duración determinada será el próximo día 10 de junio.

Como de costumbre estamos a vuestra disposición para aclarar o ampliar el contenido de esta información".

Por parte de Konecta se enviaron similares comunicaciones a otros centros de trabajo que tiene en distintos lugares de España.

9º.- En el centro de Avilés había 17 trabajadores con contrato indefinido adscritos a lo que la empresa demandada denomina genéricamente "campaña de Telefónica". Además, 82 trabajadores con contrato de duración determinada, adscritos a lo que la empresa demandada denomina genéricamente "campaña de Telefónica".

Se da por reproducida la documental entregada por la empresa al Comité de empresa.

10º.- La colaboración entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y KONECTA BTO S.L. se realiza exclusivamente en el territorio español, sin que exista o haya existido prestación de servicio alguno en el extranjero, ni por parte de KONECTA BTO S.L., ni por ninguna otra empresa del Grupo Konecta.

11º.- El volumen de llamadas del número 1004 de Telefónica ha sido el siguiente: junio 2008 (3.095.605), julio 2008 (3.170.850), agosto 2008 (2.905.631), Septiembre 2008 (3.902.419), octubre 2008 (3.816.932), noviembre 2008 (3.771.063), diciembre 2008 (3.275.044), enero 2009 (3.383.425), febrero 2009 (2.948.217), marzo 2009 (3.000.135), abril 2009 (2.702.476), mayo 2009 (2.651.149) y junio 2009 (2.746.299).

12º.- El volumen de actividad entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y KONECTA BTO S.L. ha sido el siguiente:

TELEMARKETING ENTRADA

LLAMADAS RECIBIDAS LLAMADAS ATENDIDAS

MES PREVISTAS REAL PREVISTAS REAL

SEPTIEMBRE

2008 340.101 347.876 320.648 319.689

OCTUBRE 342.985 350.245 323.612 334.779

NOVIEMBRE 362.710 517.110 342.076 314.993

DICIEMBRE 336.103 290.197 317.648 275.235

ENERO 2009 331.212 268.300 314.085 262.893

FEBRERO 268.566 200.204 254.640 196.452

MARZO 183.455 166.868 173.867 164.584

ABRIL 127.875 115.522 121.603 112.433

MAYO 57.007 71.342 54.727 70.499

JUNIO 54.724 54.143 52.535 53.023

TELEMARKETING SALIDA

MES REGISTROS PRE-

VISTOS REGISTROS ENVIADOS REGISTROS

GESTIONADOS

SEPTIEMBRE

2008 173.871 169.269 127.843

OCTUBRE 170.000 147.804 213.627

NOVIEMBRE 172.600 183.912 123.116

DICIEMBRE 107.500 109.702 126.275

ENERO 2009 117.867 120.286 140.657

FEBRERO 157.731 167.824 160.045

MARZO 166.752 175.287 156.553

ABRIL 138.000 160.577 112.211

MAYO 73.700 68.141 143.928

JUNIO 105.000 102.839 37.027

13º.- No ha ostentado la actora en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores.

14º.- El 15.7.2009 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la UMAC, que concluyó como

intentado sin efecto, merced a papeleta presentada el 2.7.2009.

TERCERO.- En fecha 21 de diciembre de 2009 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es la siguiente: "Acuerdo: completar el Antecedente de Hecho Segundo de la sentencia dictada en los autos 630/2009 en el sentido de añadir expresamente que "La parte demandante desistió respecto a la compañía Telefónica de España S.A.U., ausentándose su representante en vista del desistimiento".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la empresa demandada, siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés de 13 de noviembre de dos mil nueve , con Auto de Aclaración de 21 de diciembre de dos mil nueve , estimó la demanda de la actora Doña Tomasa , contra KONECTA BTO S.L. y declaró improcedente el despido de la misma con efectos al 10 de junio de dos mil nueve.

Frente a la misma se interpone por la empresa recurso de Suplicación al amparo procesal del *art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral denunciando en dos motivos la infracción del art. 14 y 17 del Convenio colectivo del Sector de Contact Center en relación con el art. 15 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del art. 49.1 c) del mismo texto legal; que es impugnado por la representación de la actora.*

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse ante el mismo problema aquí planteado resolviendo ya de forma reiterada en sentencias dictadas, entre otros y por todas en el rollo de Suplicación 3238/2009 lo siguiente, que se transcribe literalmente:

"Una reiterada doctrina jurisprudencial viene aclarando que para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada no basta con la exposición en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexcusablemente todos los requisitos exigidos que la ley impone, y para que el contrato de obra o servicio determinado adquiera validez es necesario, conforme al *artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores* y el *artículo 2 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre* , la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) Que la obra o servicio contratado presente autonomía y sustantividad propias, dentro de lo que es la actividad de la empresa.

2) Que su ejecución aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

3) Que en el momento de la contratación se especifique e identifique, con la suficiente precisión y claridad la obra o el servicio en el que va a ser empleado el trabajador.

4) Que en el desarrollo de la actividad laboral, el trabajador sea ocupado normalmente en la ejecución de aquella en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas, siendo preciso que todas concurren conjunta y simultáneamente.

Por su parte, el *artículo 14 del Convenio Colectivo* de Contact Center después de definir lo que se entiende por personal de operaciones como aquel que realiza su trabajo en las campañas o servicios que se conciertan por las empresas de telemarketing, para un tercero, dice en el apartado b):

"Contrato por obra o servicio determinado.- Esta modalidad de contratación será la más 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 Contact Center 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 Contact Center que da origen a la campaña o servicio.

A tales efectos, la empresa de Contact Center facilitará a la representación de los trabajadores transcripción de aquellos aspectos relacionados con la prestación laboral contenidos en los contratos mercantiles suscritos entre la empresa de Contact Center y la empresa a la que se presta el servicio, así como de las sucesivas renovaciones y sus modificaciones si las hubiera".

... Además de los anteriores requisitos exigidos para una válida contratación de obra o servicio determinado, conforme declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2007 , en el Segundo de sus Fundamentos de Derecho, "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 -*artículo 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».

Y, aunque se ha mantenido que el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza -entre otras notas- porque la actividad a realizar por la empresa responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario, de forma que ello acarrea que la contratación ha de reputarse fraudulenta (*artículo 6.4 del Código Civil*) y que, consecuentemente, según lo dispuesto en el *artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores* , la primitiva relación laboral es indefinida, sin embargo en el marco de las contrataciones de empresas auxiliares, rectificando inicial criterio restrictivo, la vigente doctrina unificada admite la celebración de contrato para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo, pero siempre que no medie fraude interpositorio; y aunque en tales casos es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, a pesar de ello existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y ésta resulta -es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste...".

"En un supuesto análogo de sucesivas renovaciones y ampliaciones de la obra o servicio de un contrato suscrito entre ATENTO y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, para la realización de funciones de telemarketing, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009 declara:

"Con esta cláusula novatoria cuya validez no ha sido impugnada y que en todo caso no constituye vulneración de la prohibición que afecta a la renuncia de derechos, en los términos del *artículo 3-5º del Estatuto de los Trabajadores* , puesto que lo modificado es el objeto del contrato en la extensión del mismo, sin ver afectada su naturaleza ni contravenir otros derechos que pudieran corresponder a los trabajadores por disposiciones legales de Derecho necesario que se reconozcan como indisponibles por Convenio Colectivo, el objeto del contrato de obra o servicio se ciñe a los términos del anexo y de este modo el contrato deberá correr la suerte que corresponda a la contrata en los límites del Anexo".

Consecuentemente con la transcrita doctrina jurisprudencial, y a diferencia de lo declarado en la resolución impugnada, no es posible apreciar fraude en la contratación ya que la adición a las funciones de emisión de llamadas, que la actora realizaba en sus inicios, de las de recepción de llamadas, no puede considerarse como la asignación de un trabajo distinto de aquél para el que fue contratada, como declara la Juzgadora, al ceñirse el objeto del contrato de obra o servicio a los términos de los contratos mercantiles entre las dos empresas, por lo que el contrato de la trabajadora "deberá correr la suerte que corresponde a la contrata".

... El *artículo 17 del Convenio Colectivo* de Contact Center regula "la extinción del contrato por obra o

servicio por disminución del volumen de la campaña contratada", declarando que:

"Podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio.

Esta nueva dimensión de la plantilla, basada en las causas anteriores, debe responder, en todo caso, a criterios reales, y, en base a los mismos, la adopción de tales medidas habrá de servir para que las extinciones que se hayan de producir permitan el mantenimiento y continuidad de dicho servicio por parte de la empresa de Contact Center.

A efectos de la determinación de los trabajadores afectados por esta situación se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La antigüedad en la empresa, formalizando la relación de afectados de menor a mayor antigüedad en la misma.

b) En el caso de igualdad en la antigüedad en la empresa, se tendrá en cuenta la experiencia en la campaña o servicio, entendiéndose como tal el tiempo de prestación de servicios efectivos en la misma. De persistir la igualdad, se atenderá a las cargas familiares.

c) Los representantes legales de los trabajadores tendrán preferencia para conservar, en cualquier caso, el puesto de trabajo.

Dicha disminución deberá acreditarse fehacientemente a la representación legal de los trabajadores, previamente a la extinción de los contratos, para que los mismos puedan expresar su opinión".

No es controvertida la realidad de la disminución real de la obra o servicio contratado, disminución que ha sido comunicada al Comité de empresa(...), igualmente, en la Tercera de las Cláusulas Adicionales del contrato la extinción del contrato por la disminución de la campaña, por lo que la cesación de la actora en la prestación de sus servicios no constituye despido, sino extinción del contrato por la concurrencia de las causas establecidas en el *artículo 49.1.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores* , procediendo, en consecuencia, la acogida del recurso con revocación de la sentencia de instancia.

Por cuanto antecede;

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la empresa KONECTA BTO SL frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de AVILÉS de 13 de noviembre de dos mil nueve en los autos seguidos a instancia de DOÑA Tomasa contra dicha recurrente, sobre despido, absolvemos a KONECTA BTO S.L. de las reclamaciones efectuadas en la demanda.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el plazo de diez días. Incorpórese el original al correspondiente Libro de Sentencias. Líbrese certificación para su unión al rollo de su razón. Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia, con certificación de la presente.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.