



**T. S. J. CASTILLA-LEON SOCIAL
VALLADOLID**

ANA M^a PASCUA APARICIO
PROCURADORA

FECHA NOTIFICACIÓN
10.11.2022

SENTENCIA: 01789/2022

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

Correo electrónico:

NIG: 24089 44 4 2022 0000040

Equipo/usuario: RAR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002098 /2022-M

Procedimiento origen: MGT MODIFICACION SUSTANCIAL CONDICIONES
LABORALES 0000034 /2022

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA SAU

ABOGADO/A: (

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: DIGITEX INFORMATIVA SLU

ABOGADO/A: SANTIAGO PASCUA APARICIO,

PROCURADOR: ANA MARIA PASCUA APARICIO,

GRADUADO/A SOCIAL: .

Rec. núm. 2098/2022

Ilmos. Sres.

D. _____

Presidente de la Sección

D. _____

D^a. _____

veintidós.

En Valladolid a nueve de noviembre de dos mil



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 2098/22 interpuesto por ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA SAU, contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS DE LEON (autos 34/22) de fecha 31.05.22 dictada en virtud de demanda promovida por D^a. I [redacted] contra ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA SAU, DIGITEX INFORMATIVA SLU sobre MODIFICACION CONDICIONES LABORALES, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a. [redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 04.01.22 se presentó en el Juzgado de lo Social número DOS DE LEON demanda formulada por D^a. F [redacted] en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

- 1º.- [redacted] mayor de edad, DNI núm. [redacted] ha venido prestando sus servicios hasta 30.11.2021 para la empresa DIGITEX INFORMÁTICA S.L.U, y desde 1 12 2021 para ATENTO, dedicadas a la actividad de contate center.
- 2º.- Antigüedad: desde 28/12/2006.
- 3º.- Categoría profesional: teleoperador especialista.
- 4º.- Salario, tiempo y forma de pago: salario bruto mensual de 1213,66 euros, comprendida la prorrata de pagas extraordinarias.
- 5º.- Lugar de trabajo: en el centro de trabajo sito en Polígono Industrial de Onzonilla, II Fase Parcela M054 de la localidad de León.
- 6º.- Modalidad del contrato: indefinido.
- 7º.- Duración del contrato: indefinido.

8º.- Jornada: a tiempo completo.

9º.- Características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse la modificación: trabajo presencial en el centro de trabajo.

10º.- Fecha de la modificación: 30.11.2021, con efectos 30.11.2021.

11º.- Forma de la modificación: escrito, e-mail.

12º.- Causas invocadas, en su caso: con fecha 30 de noviembre de 2021, DIGITEX INFORMÁTICA, S.L.U., con CIF Nº B83842344, dejará de asumir la actividad de los servicios de nuestro cliente Telefónica de España, S.A.U., encontrándose afecta el servicio al cual Ud. se encuentra adscrita/o. Por todo ello, sirva la presente para informarle que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los trabajadores, con fecha de efectos del 30 de noviembre de 2021 cesará la relación laboral que usted mantiene con DIGITEX INFORMÁTICA, S.L.U., pasando a partir del 1 de diciembre de 2021 a formar parte de la plantilla de ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.U, con CIF Nº A78751997, quien se hace cargo de todo el servicio a partir de dicha fecha.

13º.- ATENTO en fecha 23 11 21 le comunicó: A partir del día 1 de diciembre de 2021 ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.U ampliará su volumen de actividad en los servicios 1002 y 1004 prestados para el cliente TELEFONICA DE ESPAÑA. Por ello, una vez concluido el proceso de selección de la nueva plantilla, queremos darle la bienvenida y confirmarle que nos gustaría contar con tu incorporación al equipo de ATENTO con las siguientes condiciones laborales: 1.- Fecha de incorporación: 1 de diciembre de 2021 en la sociedad ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.U a la que le es de aplicación el II Convenio colectivo estatal del sector de contact center (antes telemarketing). Como usted se encuentra actualmente en una situación de baja por maternidad, no podremos cursar su alta en la compañía hasta que esté de alta médica, por lo que, deberá ponerse en contacto con nosotros en el momento de su alta médica para proceder a su contratación. 2.- Contratación laboral: contrato de trabajo indefinido y sin periodo de prueba. A efectos indemnizatorios se reconoce una antigüedad de 28/12/2006. Así mismo, se reconocerá la antigüedad para cualquier tipo de proceso interno de compañía en la que ésta pudiera suponer una prevalencia respecto a otras condiciones de los trabajadores (ej: solicitud de vacaciones). 3.- La jornada de trabajo será de 39 horas semanales prestadas en el turno y horario pactado en la actualidad. 4.- Categoría Profesional: Teleoperador Especialista 5.- Salario fijo: se respetará el salario anual consolidado que resulte de las nóminas aportadas y será abonado en 12 mensualidades, más

dos pagas extras. 6.- Ubicación física: La empleada/o prestará servicios desde León, la relación laboral se prestará en formato 100% teletrabajo, conforme a la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

14º.- La trabajadora se negó telefónicamente a incorporarse, no consta exactamente por qué, ni en qué fecha.

15º.- Estaba en excedencia por cuidado de hijo desde 14 12 20 a 19 12 21.

16º.- En procedimiento despido colectivo 1/22º seguido ante la Audiencia Nacional se llegó a acuerdo: Las empresas entrantes (ABAÍMANGEMENT & CONSULTING S.L., ABAAI BUSINESSSOLUTIONS SA y ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA,S.A.) se comprometen a integrar del respectivas plantillas con efectos económicos 1 diciembre 2021 a los trabajadores que, a fecha de adjudicación de los servicios que han sido objeto de transmisión, estuvieran adscritos y con relación laboral vigente, aun suspendida, siempre que tuvieran reserva del puesto de trabajo. las empresas entrantes se reservan el derecho a denegar la referida integración a los trabajadores que no cumplan los citados requisitos. las integraciones implicarán el reconocimiento de las condiciones contractuales de los trabajadores incluyendo la antigüedad.

17º.- El día 16 de mayo ATENTO le ha hecho una nueva oferta de reincorporación para el 19 de mayo.

18º.- La demandante ha aceptado la oferta el 19 de mayo, con efectos económicos a retrotraer a 1 12 2021, si bien comunicando que está en situación de IT y que la incorporación efectiva la hará cuando le den el alta médica.

19º.- El/a trabajador/a no ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical”.

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA SAU, fue impugnado por D^a.

! Elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Frente a la sentencia que estima la demanda en petición de extinción de la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones de trabajo se alza en suplicación la codemandada condenada en varios motivos con el amparo procesal de las letra a) b) y c del artículo 193 de la LRJS impugnando la letrada de la demandante el recurso para que se confirme la sentencia.

El motivo inicial del escrito de interposición formulado por la letrada se ampara en la letra a) del art. 193 de la LRJS pero no tiene como finalidad reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión pues si bien se solicita la nulidad de lo actuado no se interesa la remisión al Juzgado para que dicte nueva sentencia sino el dictado directo de una sentencia por parte de la sala para que resuelva el litigio estimando la excepción de inadecuación del procedimiento y falta de acción que, en su momento se opuso y que ha sido desestimada por la sentencia ahora recurrida.

Para la declaración de nulidad que se pretende las irregularidades en la tramitación del procedimiento, han de ser especialmente cualificadas, puesto que la consecuencia que se deriva de su estimación es la declaración de nulidad de las actuaciones, razón por la cual se hace exigible, tanto legal, como jurisprudencialmente, el cumplimiento de varios requisitos:

a) La denuncia debe quedar referida a la infracción de una norma o garantía de carácter procedimental, entendida en sentido amplio, alcanzando a la vulneración de los principios recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, si bien, como se indica en la sentencia del Tribunal Constitucional 124/1994, para que exista infracción del indicado precepto, no será suficiente el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni cualquier vulneración o irregularidad procesal cometida por el órgano judicial, sino que de ellas deberá derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, deberá tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, ya que no toda infracción o irregularidad procesal de los órganos procesales provoca la eliminación o el deterioro sustancial de los derechos que corresponden a las partes en el proceso.

b) La denuncia no puede serlo de cualquier norma procesal, ya que ello podría conducir a la posibilidad de prácticas dilatorias, sino que aquélla ha de estar cualificada, implicando una

efectiva indefensión para la parte, entendida ésta como impedimento efectivo del derecho de alegar y acreditar en el proceso los propios derechos.

c) Por último será preciso, siempre que sea posible por el momento procesal de que se trate o por la naturaleza de la decisión que se impugne, el que la parte que alegue el defecto haya intentado la subsanación de la infracción en el momento procesal oportuno o haya formulado la correspondiente protesta en tiempo y forma.

El recurrente denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, así como de la jurisprudencia que lo interpreta pero no alega en qué forma se ha producido indefensión sin cita siquiera del artículo 24 de la CE.

Si no hay indefensión y no se pretende la devolución de los autos para que se proceda por el magistrado a dictar nueva sentencia es claro que no estamos en el supuesto de la letra a) del artículo 193 que se invoca sino ante un motivo de censura jurídica que se formula en el motivo cuarto que se remite a las alegaciones de este primer motivo que por lo expuesto y al no concurrir indefensión alguna no puede ser como tal acogido.

Se ha de recordar que el litigio que ha dado lugar al presente procedimiento iniciado por Dña. Pilar Álvarez Santos tiene como pretensión principal la extinción del contrato de trabajo, debido a una alegada modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Pues bien, tal y como consta en los hechos probados de la Sentencia: la trabajadora prestaba servicios para la empresa DIGITEX INFORMÁTICA S.L.U, relación laboral que finalizó el día 30 de noviembre de 2021. El 30 de noviembre de 2021, DIGITEX le informó que dejaría de asumir la actividad de los servicios del cliente Telefónica, cesando la relación laboral que unía a ambas partes. Asimismo, se informó a la trabajadora en citada comunicación que la empresa ATENTO se haría cargo del servicio a partir del 1 de diciembre de 2021. ATENTO le comunicó que, una vez concluido el proceso de selección de la nueva plantilla, querían informarle que querían contar con la trabajadora para que se incorporara a la compañía. El 20 abril de 2022, se suscribió un acuerdo ante la Audiencia Nacional, en el cual las empresas entrantes del servicio de Telefónica, entre ellas ATENTO, se comprometían a integrar a sus plantillas a los trabajadores que, a fecha de adjudicación de los servicios objeto de transmisión, estuvieran adscritos y con relación laboral vigente, **aun suspendida, siempre que tuvieran reserva de puesto de trabajo.** Aunque no se produjera la incorporación

efectiva de la trabajadora en ATENTO lo cierto es que estaba incluida en el acuerdo llegado en la sala de lo social de la AN por estar suspendido su contrato con reserva de puesto y, no es cierto como sostiene el recurrente que no pueda hablarse de la existencia de modificación alguna por lo que no concurre como falta de acción ni inadecuación de procedimiento.

Al respecto, el ejercicio de la acción extintiva que resulta del artículo 41.3 del ET exige, como requisito fundamental, la existencia de una relación laboral que en este caso está suspendida por excedencia de maternidad luego existía una relación laboral en suspenso por la reserva de puesto porque la trabajadora se hallaba en situación de excedencia al momento del cambio de empresa.

Se pregunta la recurrente cómo puede ser que realice a la parte actora una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo si esta jamás formó parte de la plantilla al rechazar su incorporación a la compañía, mas lo cierto es que no se reincorporó por la situación de excedencia por maternidad y posterior baja por IT y por tanto con reserva de puesto .

Se insiste en el recurso en que se yerra cuando interpone una demanda de Modificación Sustancial de Condiciones de trabajo, modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, dada su especificidad frente al proceso ordinario, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial que aquí el magistrado ha considerado la imposición del teletrabajo tras no acoger las excepciones . al señalar en su fundamentación jurídica que “en el procedimiento de modificación sustancial no se exige conciliación y en cuanto al procedimiento, alegándose la existencia de modificaciones sustanciales, es el adecuado, cuestión distinta es que hayan existido tales modificaciones o no. En cuanto a la falta de acción es un tema de fondo.”

No hay por tanto motivo de nulidad ni indefensión por lo que el primer motivo no se acoge .

SEGUNDO. - Con fundamento en el apartado b) del artículo 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación del Hecho Probado Décimo de la Sentencia de Instancia a la vista de la prueba documental practicada en el acto del juicio, en concreto, del documento número 2 aportado por la parte actora anexo a la demanda. La modificación pretendida del citado Hecho Probado se interesa ya que en citada fecha se envió un correo electrónico por la empresa DIGITEX a la parte actora, comunicándole que DIGITEX dejaría de asumir la actividad de los servicios del cliente Telefónica de España S. A, e indicándole que, a partir del 1 de diciembre de 2021, pasaría a formar parte de la plantilla de ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.AU. por lo que se propone la siguiente redacción alternativa:

“En Fecha 30.11.2021, DIGITEX INFORMÁTICA S.L.U comunicó por correo electrónico a la trabajadora que con fecha de efectos 30 de noviembre de 2021 finalizaba la relación laboral que mantenía con la empresa, pasando a partir del 1 de diciembre de 2021 a formar parte de la plantilla de ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.U”. Ciertamente así resulta de la literalidad del documento designado y si bien en el mismo no se establece la circunstancia del teletrabajo en la nueva empresa, ello no excluye que del resto de la prueba practicada resulte lo que concluye el magistrado en el hecho que se pretende modificar pues la comunicación de ATENTO a la trabajadora es en tal sentido. Luego no cabe suprimir la conclusión del magistrado sin perjuicio de añadir al contenido del mismo la redacción que se propone como adición y no en sustitución con lo cual con tal matiz se estima la modificación pretendida pues en fecha 30 de noviembre de 2021, se comunicó a la parte actora la finalización del contrato de trabajo con DIGITEX, si bien pese a lo alegado en el motivo ya existía en citada fecha comunicación de que la modalidad en ATENTO era de teletrabajo.

TERCERO. – Con fundamento en el mismo apartado b) del artículo 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación del Hecho Probado Undécimo de la Sentencia de Instancia a la vista de la prueba documental practicada en el acto del juicio, en concreto, del documento número 2 aportado por la parte actora anexo a la demanda.

A efectos de no reiterarnos y -como se razonaba en el anterior motivo - la circunstancia de que del documento designado resulte la redacción alternativa no excluye que por la nueva empresa se comunicara la modalidad del teletrabajo días antes , como se indica en el hecho probado trece de modo que la forma escrita tanto de la comunicación por parte de DIGITEX informando a la trabajadora de que dejaría de prestar servicios en la misma y la de ATENTO indicando que la modalidad era de teletrabajo justifica la redacción contenida en la sentencia pero también la propuesta , por lo que se admite la adición al inicio del hecho probado undécimo del siguiente párrafo “ Forma de la comunicación de la extinción del contrato de trabajo con DIGITEX INFORMÁTICA S.L.U: escrito, e-mail en fecha 30 de noviembre de 2021”. al desprenderse de la literalidad del documento designado.

CUARTO. – Con fundamento en el apartado c) del art. 193 LRJS se formula el último de los motivos para denunciar la vulneración por parte de la sentencia dictada por el



Juzgado de lo Social del contenido de lo dispuesto en el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, en directa relación con el artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la doctrina judicial aplicable.

Lo cierto es que ATENTO el 23 de noviembre de 2021 le comunica la modalidad de teletrabajo que no era la que tenía en la anterior empleadora y sostiene la sentencia que obligar a la trabajadora a pasar a régimen de teletrabajo supone "un claro y grave incumplimiento de la normativa y el contrato que faculta al trabajador para pedir la rescisión indemnizada". Al respecto, el artículo 41 del ET establece que, tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

Es reiterada la doctrina que establece que tal relación no es cerrada y recoge un número apertus por lo que hay modificaciones no recogidas en dicho art 41 que son sustanciales y al entender el magistrado que la producida en la relación laboral lo es no incurre en infracción legal.

El artículo 138.1 de la LRJS dispone: El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. El recurrente en este cuarto motivo se remite a los argumentos esgrimidos en el Motivo primero sobre la imposibilidad de realizar una Modificación Sustancial cuando la relación laboral no está vigente, pero lo cierto es que estando en situación de excedencia por maternidad la trabajadora según se expresa en el hecho décimo quinto cuando se le comunica el cambio de empresa y de modalidad contractual hace constar que no se incorpora y ejercita la acción de modificación sustancial.

La trabajadora claro que resulta afectada por decisión empresarial de ATENTO que le comunica el 23 de noviembre de 2021 que pasará a su servicio y que la modalidad es teletrabajo como se recoge en el hecho probado 13ª y esa es la decisión que se impugna con la ampliación de la demanda a la nueva empleadora y tal es la decisión impugnada.

La recurrente argumenta que la comunicación de 23 de noviembre de 2021 es una carta oferta a la trabajadora, para que se incorporara a la empresa mas es lo cierto que al subrogarse en la relación laboral la misma estaba viva con la suspensión que supone una excedencia con



reserva de puesto cual es la maternal y el cambio de la modalidad contractual es valorada en la sentencia atinadamente como modificación sustancial pues la Ley 10/2021 de 9 de julio de trabajo a distancia establece en su artículo 5, que el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en esa Ley. En consecuencia el ejercicio de la acción supone que la empleada no ha aceptado la prestación de servicios a distancia, como se le comunica y precisamente por estar en situación de excedencia ejercita la acción correspondiente y la alegación que se contiene en el recurso de que de pedirlo hubiera prestado servicios presencialmente no deja de ser mas que un argumento de defensa por cuanto no se le indica en qué centro de trabajo podría prestarlos, por lo que el recurso ha de ser desestimado al no incurrir la sentencia en infracción legal.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de Suplicación en su petición subsidiaria interpuesto por la representación letrada de ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA SAU, contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS DE LEON (autos 34/22) de fecha 31.05.22 dictada en virtud de demanda promovida por _____ contra ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA SAU, DIGITEX INFORMATIVA SLU sobre MODIFICACION CONDICIONES LABORALES.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, librese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.



Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm. 4636 0000 66 Rec. 2098/2022 abierta a nombre de la Sección I de las Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal de Valladolid del Banco SANTANDER, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número (), código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.