



Roj: **STSJ AND 2948/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:2948**

Id Cendoj: **41091340012016100835**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **799/2015**

Nº de Resolución: **859/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº **799/2015** S Sentencia nº 859/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a treinta y uno de marzo de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY , ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 859/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Sevilla, en sus autos núm. 1279/13, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Luis Enrique , contra Ayesa Advances Technologies S.A.; Clece S.A. y V- 2 Complementos Auxiliares S.A, sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 6 de noviembre de 2,014 por el referido Juzgado, con estimación de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- D. Luis Enrique ha venido prestando servicios para Clece SA desde 28/12/05, con categoría profesional de coordinador de sala y salario de 43,06 €/día. La prestación de servicios se produjo en el servicio de gestión 112 Cecop dependiente del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO .- Hasta 9/10/13 Clece SA fue la adjudicataria del citado servicio. A partir de 10/10/13 la nueva adjudicataria fue Ayesa Advances Technologies SA, cuyo contrato con el Ayuntamiento se prolongó hasta 10/10/14. Se dan por reproducidos oferta de Ayesa para la prestación del servicio, en la que se comprometía a subrogar al 90% de los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria del servicio, pliego de cláusulas administrativas y pliego de prescripciones técnicas para la contratación del servicio del Centro de Coordinación Operativo Municipal (Cecopal) o Centro de Coordinación Operativo (Cecop). Ayesa ofreció en la propuesta de adjudicación la implantación de un nuevo sistema de gestión de incidencias y mejoras tecnológicas, las cuales no llegaron a implantarse hasta fecha próxima a la finalización del contrato.



TERCERO. - El número de trabajadores que Clece SA tenía adscrito al servicio del Cecop era de 13. El 25/9/13 Clece SA comunicó a los trabajadores, entre ellos el actor, la extinción de sus contratos de trabajo con efectos de 9/10/13 como consecuencia de la adjudicación del servicio a Ayesa. Asimismo les comunicó que remitía a la citada empresa la documentación relativa a todos ellos, lo que efectivamente hizo, a los efectos de su participación en el proceso selectivo previsto en el artículo 18 del Convenio Colectivo de Contact Center . Con efectos de 9/10/13 Clece SA dió de baja al actor en la seguridad social.

CUARTO .- El actor participó en el proceso de selección llevado a cabo por Ayesa, el cual no superó. Se da por reproducida documentación aportada por la citada empresa, relativa al proceso llevado a cabo. En relación con el criterio de antigüedad, cuyo valor era del 50% de la puntuación total, Ayesa efectuó una equiparación entre los trabajadores con antigüedad superior a 3 meses, otorgando a todos ellos idéntica puntuación. Tras el proceso selectivo Ayesa contrató a 12 personas, quedando excluidos el actor y otros dos trabajadores.

QUINTO .-El 10/10/14 el servicio fue asumido por V-2 Complementos Auxiliares SA, la cual asumió a toda la plantilla perteneciente a Ayesa.

SEXTO. - Ayesa aplica a sus trabajadores el Convenio Colectivo de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública. A los trabajadores adscritos al Cecop se les aplicó siempre el Convenio Colectivo de Contact Center.

SÉPTIMO.- Intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación, se presentó la demanda origen de los presentes autos.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Ayesa Advances Technologies S.A., que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la empresa "Ayesa Advances Technologies S.A.", al amparo del artículo 193 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , contra la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido del actor, al no subrogarse en su relación laboral por no haber valorado adecuadamente la antigüedad en la empresa "Clece S.A.", anterior adjudicataria de la contrata, en la prestación del servicio de gestión 112 del Centro de coordinación operativo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.

Se alega en el recurso la infracción de los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores , 44 del Estatuto de los Trabajadores , 1º del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de mercado y opinión pública y de los artículos 2 y 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, publicado en el BOE de 27 de julio de 2.012.

En el presente caso debemos determinar el alcance del deber de subrogación en la relación laboral del actor, que prestó servicios para la empresa "Clece S.A." en la contrata que tenía suscrita para atender el servicio de gestión 112 del Centro de Coordinación Operativo (Cecop), dependiente del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla hasta el 9 de octubre de 2.013, contrata que se adjudicó con efectos de 10 de octubre de 2.013 la empresa "Ayesa Advances Technologies S.A."

La obligación de subrogación en la relación laboral del actor sólo está contemplada en el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, ya que si se considera el XVI Convenio colectivo estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de mercados y de la opinión pública, publicado en el BOE de 4 de abril de 2.009, que es el que se aplica con carácter general en la empresa "Ayesa Advances Technologies S.A.", no existe ninguna obligación de subrogarse en la relación laboral, ya que no prevé el supuesto de sucesión de contratas.

El artículo 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center dispone que 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."

Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 enero 2015 (RJ 2015\471) declarando que **" el artículo 18 establece disposiciones con las que pretende garantizar e incentivar la contratación de empleados de la antigua contratista, pero sin llegar tan lejos como el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ... dado que entre la nueva y la antigua contratista no ha existido ningún negocio sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras necesarios para el desarrollo de una actividad que necesita de inmuebles, sistemas informáticos, de telefonía y de comunicaciones, entre otros medios materiales para su desarrollo. Como dijimos en nuestra sentencia de 15 de julio de 2013 (RJ 2013, 6760), antes citada y que fue dictada en un caso similar: " El cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, ni en el 1.1 de la Directiva 2001/23 , porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo , norma que sólo obliga a lo que en ella se dispone, aparte que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva."**

En este mismo sentido esta Sala ha declarado en su sentencia nº 1297/15, de fecha 14 de mayo de 2.015, dictada en el recurso nº 1210/14 , referida otro supuesto de sucesión de contratistas de Contac Center, que el artículo 18 del convenio colectivo **no impone a la empresa entrante la subrogación de toda la plantilla de la saliente, sino la incorporación a un proceso de selección, así como que el 90% de la plantilla destinada a esa contrata salga de ese proceso de selección con trabajadores de la anterior contratista.**

Por ello "Ayesa Advances Technologies S.A." no incumplió las obligaciones que le impone el convenio, ya que convocó el proceso selectivo, en el que participó el actor, y se comprometió a asumir el 90% de la plantilla de "Clece S.A." que superara el proceso selectivo, lo que ha hecho al contratar a la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en "Clece S.A." que eran 13, al haber contratado a 12 de ellos, por lo que esta empresa no manifestó en ningún momento su voluntad de incumplir el precepto convencional, o de extinguir una relación laboral en la que se tuviera que subrogar, por lo que mal le pueden alcanzar las consecuencias del despido declarado improcedente.

En segundo lugar, que como indican los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña en sentencia de 19 de octubre de 2010 , La Rioja en sentencia de 23 de abril de 2012 , y de Galicia en la de 20 julio 2012 , **el artículo 18 del Convenio Colectivo de aplicación no contempla una obligación de subrogación sino una expectativa.**

En consecuencia, hemos de afirmar como hace la sentencia de instancia que no existió despido por la empresa "Ayesa Advances Technologies S.A." por no haberse subrogado automáticamente en la relación laboral que vinculaba al actor con "Clece S.A."

SEGUNDO.- La sentencia declara la improcedencia del despido por el hecho de que atribuyó a los trabajadores que participaron en el proceso selectivo la misma puntuación con independencia de la antigüedad en la empresa, cuando hubieran prestado 3 meses en el servicio, cuando el artículo 18 del Convenio Colectivo de Contact Center establece que la elección de los trabajadores, 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."*

Es cierto que el criterio de antigüedad ha sido valorado arbitrariamente por la empresa "Ayesa Advances Technologies S.A." al no tener en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa "Clece S.A.", pero ello no puede significar que se haya producido un despido, ya que dicho criterio se ha aplicado a todos los trabajadores por igual, resultando contratados 12 de ellos, por lo que no existe una manifestación clara de la voluntad extintiva empresarial que justifica el despido .

El artículo 18 del convenio colectivo de Contact Center, obliga a la empresa sucesora en la contrata a promover un proceso selectivo entre los trabajadores de la saliente, para incorporar a la plantilla hasta un máximo del 90%, pero siempre que hayan superado el proceso selectivo, lo que no ha hecho el actor, y aunque efectivamente se tiene que atribuir mayor puntuación al trabajador que prestó servicios en la empresa durante mayor tiempo y no a todos por igual, no puede ser que se tenga derecho a ocupar una plaza si no se ha superado el proceso selectivo, por ello al no existir voluntad extintiva empresarial por parte de "Ayesa Advances Technologies S.A." no podemos considerar que se haya producido un despido por falta de subrogación en la relación laboral.



TERCERO.- La inexistencia de la obligación de "Ayesa Advances Technologies S.A." de subrogarse automáticamente en la relación laboral que mantenía el actor con "Clece S.A.", no determina que el cese acordado por esta empresa sea procedente, ya que la causa de la finalización de la relación laboral no fue el incumplimiento de la obligación de subrogarse en su relación laboral de la empresa "Ayesa Advances Technologies S.A.", ni la falta de superación del actor del proceso selectivo para conformar la nueva plantilla, sino la pérdida de la contrata.

Por ello la empresa "Clece S.A." debería haber realizado un despido objetivo del actor, al ser doctrina jurisprudencial reiterada la que declara respecto de las empresas de servicios, que *"la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (sentencia del Tribunal Supremo de 14-6-1996, rec. 3099/1995 y 7-6-2007, citada)... la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende."*

En consecuencia, resultando injustificado el cese del actor acordado por la empresa "Clece S.A.", ya que únicamente tenía derecho a participar en un proceso selectivo sin garantías de contratación por la empresa entrante en la contrata "Ayesa Advances Technologies S.A.", debería haber procedido a su despido objetivo por pérdida de la contrata, lo que determina la declaración de la improcedencia del despido acordado por la empresa "Clece S.A.", que será responsable de las consecuencias económicas fijadas en la sentencia de instancia, ya que únicamente se produce un cambio en la empresa responsable del despido improcedentemente acordado.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la "AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A." contra la sentencia dictada el día 6 de Noviembre de 2.014 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, en el proceso seguido por la demanda interpuesta por D. Luis Enrique contra las empresas "AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A.", "CLECE S.A." y "V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A." en impugnación de despido y declaramos la improcedencia del despido de D. Luis Enrique acordada por la empresa "CLECE S.A." con efectos de 9 de octubre de 2.013, condenando a la empresa "CLECE S.A." a optar entre la readmisión de D. Luis Enrique con abono de los salarios de tramitación a razón de 43,06 euros diarios hasta que la readmisión se produzca, o el pago de una indemnización ascendente a 14.317,45 € y la extinción del contrato con efectos de 9 de octubre de 2.013..

Se absuelve a las empresas "AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A.." y "V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A." de todas las pretensiones deducidas en su contra en esta instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado** por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar**: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".



d) Se advierte a la empresa condenada que, si recurre deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo del depósito de seiscientos euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-0799-15, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso.

e) Se advierte a la parte condenada que si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita o la exención de consignar el importe de la condena, al preparar el recurso deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" que esta Sala tiene destinada a tal fin en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-66-0799-15, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso, tal consignación podrá sustituirla por aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado registrado y depositado en la oficina judicial, debiendo expedir testimonio el Sr. Secretario de esta Sala para su unión a los autos, que facilitará recibo al presentante.

f) Asimismo se advierte a la parte recurrente que en el caso de no estar exento deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante del pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y en el Real Decreto -Ley 3/13 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir en la instancia y la consignación efectuada o en su caso cancelense los aseguramientos prestados.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 31 de marzo de 2,016