



Roj: **STSJ CANT 55/2015 - ECLI: ES:TSJCANT:2015:55**

Id Cendoj: **39075340012015100031**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2015**

Nº de Recurso: **896/2014**

Nº de Resolución: **81/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA nº 000081/2015**

En Santander, a 2 de Febrero de 2015.

#### **PRESIDENTA**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercedes Sancha Saiz**

#### **MAGISTRADOS**

**Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (Ponente)**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Fernández García**

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación interpuesto por Doña Angelica contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Seis de Santander, ha sido nombrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por Doña Angelica , siendo demandados Atento Servicios España S.A., y Unitono Servicios Externalizados SAU, sobre Despido, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 12 de Septiembre de 2014 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.-** Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La actora, Dña. Angelica , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa demandada, ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A, con antigüedad desde el 1 de febrero de 2014, con la categoría profesional de Teleoperadora Especialista, y percibiendo un salario diario, con prorrata de pagas extraordinarias, de 29,22 €.

2º.- A las relaciones laborales de las empresas demandadas les resulta de aplicación el Convenio Colectivo estatal del Sector de Contact Center.

3º.- Mediante carta de fecha 23 de abril de 2014, la empresa demandada comunicó a la actora lo siguiente:

Por medio de la presente, le notificamos que la Dirección de esta empresa ha acordado su DESPIDO DISCIPLINARIO con efectos desde la fecha en el encabezamiento indicada, por los motivos que se expresan a continuación y que entendemos son constitutivos de una falta muy grave, conforme establece el art. 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 67.12 del vigente Convenio Colectivo para el sector de Contact Center, toda vez que Vd. ha incurrido en los siguientes hechos:



Por parte de la empresa, se ha venido realizando un seguimiento de su desempeño en el puesto de trabajo y, por ello, de los resultados alcanzados en base a la productividad en las Gestiones/hora realizados por usted en comparación con la media del servicio.

Concretamente el promedio de la productividad obtenida por usted en los meses de Febrero, Marzo y Abril de 2014 ha sido de 5,96 gestiones/hora cuando la media obtenida en el servicio es de 6,95, resultados por debajo de la media del servicio, todo ello a pesar de los reiterados intentos realizados por esta parte al objeto de favorecer la mejora del cumplimiento de los resultados.

En virtud de todo lo expuesto, debe entenderse que ha incurrido en una falta laboral muy grave, al haber disminuido de forma continuada su rendimiento, causa tipificada en los citados artículos del TRLET y del Convenio Colectivo respectivamente y que, por tanto, es constitutiva de despido, con efectos de esta misma fecha, extinguiéndose por ello la relación laboral que mantiene con la empresa, por lo que le informamos que causa baja en la misma y le ponemos a su disposición en su centro de trabajo la liquidación y finiquito correspondiente, así como el resto de documentación que legalmente le corresponde.

4º.- La actora prestó sus servicios profesionales para la empresa UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A.U, desde el 23 de agosto de 2011 hasta el 31 de enero de 2014, la anterior adjudicataria del servicio de contact center de la empresa E.ÓN DISTRIBUCIÓN.

La empresa demandada, actual adjudicataria del referido servicio, tras un proceso selectivo, contrató a la actora, junto con otros trabajadores de la empresa UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A.U. Consta en las actuaciones el contrato suscrito entre la actora y la empresa demandada, que se da por reproducido, así como el resultado del proceso selectivo realizado por la empresa demandada.

5º.- El centro de trabajo de la empresa UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A.U se encuentra en el Edificio Riamar, de Maliaño.

El centro de trabajo de la empresa demandada se encuentra en el Parque Tecnológico de Cantabria, calle Albert Einstein nº 18 (Edificio Salía) de Santander, en el que ha realizado obras de remodelación y de telecomunicación. La empresa demandada ha contratado con la empresa SAMSIC la limpieza de mantenimiento de su centro de trabajo; con la empresa PROSEGUR ESPAÑA S.L, el servicio de vigilancia; ha procedido a la compra de 15 ordenadores portátiles, y a la adquisición de las licencias y del mantenimiento del software preciso para el desarrollo de la actividad de contact center de la empresa ALTITUDE SOFTWARE.

6º.- Los empleados de la empresa UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A.U que tenían atribuidos funciones de mando, seleccionados y contratados por ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A, tienen esta misma atribución en la empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.

7º.- La actora no ostenta cargo de representación sindical.

8º.- Con fecha de 9 de mayo de 2014 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el ORECLA, que concluyó Sin Avenencia.

**TERCERO.-** Que en dicha sentencia se dicto el siguiente Fallo o parte Dispositiva: "Estimo la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A.U, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos efectuados en su contra, y estimo la demanda de despido formulada por Dña. frente a la empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A, y en consecuencia, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora de fecha 23 de abril de 2014, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte, a su elección, entre la readmisión de la trabajadora las mismas condiciones en que se encontraban con anterioridad al despido, o bien, a abonarle una indemnización de 241,07 €.

Si la empresa demandada opta por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra esta se pueda interponer. "



**CUARTO.-** Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La revisión que se solicita de los hechos probados, planteada indebidamente en el octavo de los motivos, no debe prosperar, ya que se basa en estricta testifical y sirve a un dato intrascendente.

**SEGUNDO** .- Se alega la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la jurisprudencia que se cita.

No se debate sobre la calificación del despido, que ya ha sido considerado improcedente, o sobre el salario, que ya ha sido fijado en la instancia sino que la cuestión litigiosa se centra en la existencia de subrogación o no entre la anterior empleadora, Unitono Servicios Externalizados S.A. y la demandada.

Se trata de cuestión resuelta en unificación de doctrina, en sentencia de 15 de julio de 2013, a cuyos términos nos remitimos y que versan sobre la efectividad del artículo 18 del Convenio Colectivo de Contact Center. En este precepto se establece que cuando finaliza la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que lo sustentaba, y la empresa volviera a sacar a concurso otra de características similares 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 incorporar a todo el personal de la plantilla, correspondiente a la campaña o servicio finalizado, a un proceso de selección para la formación de la nueva plantilla, de tal forma que el 90% de la nueva plantilla debe integrarse por trabajadores que estuvieran contratados con la anterior empresa.

Como expresa la sentencia de 15 de julio de 2013, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1377/2012, a propósito de la efectividad de referido precepto y en supuesto como el actual: "*Primero*" (...) *el problema ha sido resuelto de forma distinta por las sentencias comparadas en el presente recurso a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que lo hace viable, conforme al art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.R.J.S.). La sentencia recurrida ha estimado que ha existido sucesión de empresa, conforme al art. 44 del E., porque la recurrente convocó al proceso de selección a todos los empleados de la anterior contratistas, sin que conste a cuantos contrató, ni cuántos han sido baja, posteriormente, por lo que entiende que ha existido sucesión en la plantilla compuesta por un grupo homogéneo de trabajadores que constituye una unidad productiva autónoma, sucesión que se produce aunque no se haya transmitido ningún medio material, sin que sean de aplicación los artículos 18 y 66 del Convenio Colectivo citado. La sentencia de contraste, dictada el 15 de abril de 2010 (AS 2010, 1110) en el recurso de suplicación 5254/2009, por el T.S.J. de Madrid ha resuelto lo contrario: ha estimado que no había existido una sucesión empresarial del art. 44 del E.T. (RCL 1995, 997), sino una sucesión de contrata del art. 18 del Convenio Colectivo (RCL 2012, 1066), al no haber existido transmisión de los activos materiales con los que se desarrollaba la actividad.*

*La contradicción existe porque en supuestos fácticos sustancialmente iguales se ha resuelto de forma diferente la misma cuestión, esto es si había existido sucesión de empresa o una simple sucesión de contrata, cuestión cuya solución condicionaba el sentido de la pretensión ejercitada en el pleito. En ambos casos se trataba de sendas contrata de prestación de servicios telefónicos de Contact Center que finalizaban sin que la empresa principal las renovara, pero sí procedido a adjudicar el servicio a otra contratista, quien, antes de contratar el personal a emplear, había seguido el procedimiento del artículo 18 del Convenio Colectivo del sector y había contratado numerosos empleados de la antigua contratista. Pese a esa identidad sustancial, las sentencias comparadas contienen doctrinas contrapuestas, porque la recurrida entiende que es aplicable el artículo 44 del E.T y obliga a la subrogación en todas las condiciones y beneficios contractuales existentes con la antigua contratista, mientras que la de contraste entiende que no es aplicable el artículo 44 del E.T y que ha existido una simple sucesión de contrata prevista y regulada por el art. 18 del Convenio Colectivo de aplicación. El hecho de que, porcentualmente, el número de contratados por la nueva contratista fuese mayor en el caso de la sentencia recurrida que en el de la de contraste no desvirtúa lo dicho, porque, aparte que una cosa es que en el proceso de selección participen los 120 empleados de la plantilla y otra presumir y dar por probado que fueron contratados los 120 empleados, lo cierto es que, dado que el debate es sobre la aplicación del art. 18 del Convenio Colectivo, resulta que ese dato no es relevante, porque el art. 18-2-1 del Convenio, teóricamente, obliga a la nueva contratista a integrar al 90 por 100 de los empleados de la antigua que tengan más de un año de antigüedad en la contrata, lo que resta trascendencia al número de empleados que finalmente contrate.*

*La existencia de contradicción obliga a resolver, como ha informado el Ministerio Fiscal, el fondo de la cuestión planteada, siendo de señalar que la parte recurrida ha aceptado tácitamente esta conclusión, pues no ha alegado la falta de contradicción.*



El apartado del recurso dedicado al examen de las infracciones legales cometidas por la sentencia recurrida alega la indebida aplicación del artículo 44 del E.T ) en relación con el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center (RCL 2012, 1066), al entender que no ha existido sucesión de empresa, porque el precepto convencional citado no la impone y sólo obliga a dar empleo a trabajadores de la antigua contratista en los términos previstos en el citado art. 18.

Para solventar el problema, consistente en resolver si existe sucesión de empresa cuando se contratan empleados de la antigua contratista pero no existe transmisión de elementos materiales e infraestructuras organizadas para llevar a cabo la actividad, conviene en primer lugar recordar la normativa aplicable compuesta, principalmente, por el artículo 44.2 del E.T . y en el artículo 1-1 de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026), CE, de 12 de marzo.

En el artículo 44-2 del ET dispone: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria."

El artículo 1-1 de la Directiva 2001/23 CE establece: "a) La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva."

Seguidamente, debe tenerse presente la doctrina de esta Sala sobre el art. 44 E.T . y las Directivas de la Unión Europea 77/87 (LCEur 1977, 67) , 98/50 (LCEur 1998, 2285) y 2001/23 (LCEur 2001, 1026) que podemos resumir, según hizo nuestra sentencia de Sala General de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4224) (R. 3617/2006), diciendo: "1).- La jurisprudencia tradicional de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo vino manteniendo desde hace varios lustros que para que exista la transmisión de empresas regulada en el art. 44 del ET no basta con el hecho de que trabajadores de una entidad empresarial pasen a prestar servicio a otra compañía diferente, pues es de todo punto necesario además que se haya producido "la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación". Este criterio se ha mantenido en las sentencias de 5 de abril de 1993 (RJ 1993 , 2906) , 23 de febrero de 1994 , 12 de marzo de 1996 , 25 de octubre de 1996 (RJ 1996 , 7793) , 15 de diciembre de 1997 (RJ 1997 , 9179) , 27 de diciembre de 1997 , 24 de abril de 1998 y 17 de julio de 1998 (RJ 1998 , 6527) ; así como en las más recientes 29 de febrero del 2000 , 30 de abril del 2002 ( RJ 2002, 5688) (ésta dictada en Sala General), 17 de mayo del 2002 , 13 , 18 , 21 y 26 de junio del 2002 ( RJ 2002, 8934), 9 de octubre del 2002 , 13 de noviembre del 2002 , 18 de marzo del 2003 y 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 4975), entre otras".

"2).- Es cierto que esta doctrina ha sido reformada a partir de la sentencia de esta Sala de 20 de octubre del 2004 (RJ 2004, 7162) (rec. 4424/2003) , a la que siguieron las de 21 de octubre del 2004 ( rec. 5073/2003 ) , 27 de octubre del 2004 (rec. 899/2002 ) y 26 de noviembre del 2004 (rec. 5071/2003) , las cuales aceptaron los criterios que, respecto a la sucesión o transmisión de empresas, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diferentes sentencias, entre las que cabe mencionar las de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997, 45) ( caso Süzen ) , 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal ) , 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo ) , 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen ) , 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur) , 25 de enero del 2001 ( caso Liikenne ) , 24 de enero del 2002 (TJCE 2002, 29) ( caso Temco ) y 20 de noviembre del 2003 (TJCE 2003, 386) ( caso Carlito Abler)".

"Conviene recordar que el art- 1-a) de la Directiva 98/50 CE (LCEur 1998, 2285) del Consejo de 29 de junio de 1998, que modificó la Directiva 77/187/CEE (LCEur 1977, 67) del Consejo de 14 de febrero de 1977, establece que "la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión"; y el apartado b) de este art. 1º de dicha Directiva precisa que "sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria". Estos mismos preceptos se reproducen en los apartados a ) y b) del art. 1º de la Directiva 2001/23/CE (LCEur 2001, 1026) del Consejo de 12 de marzo del 2001".



"Estas normas comunitarias dieron lugar en nuestro país a la modificación del art. 44 del ET que dispuso la Ley 12/2001, de 12 de julio (RCL 2001, 1674). Esta Ley no modificó la dicción inicial del número 1 de este art 44, con lo que sigue diciendo esta norma que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior". Pero sí introdujo en este art. 44 un nuevo número 2 en el que se establece lo siguiente: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

"Según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla".

"Llegados este punto, es necesario traer aquí a colación los siguientes criterios y pautas sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la materia que tratamos:

A).- "La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", debiéndose tener en cuenta que "el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio" ( sentencia 11 de marzo de 1997 , Sützen, fundamento 13; sentencia de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 308), Hernández Vidal, fundamento 26; sentencia de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 309), Sánchez Hidalgo, fundamento 25; sentencia de 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999, 283), Allen, fundamento 24; sentencia de 25 de enero del 2001 (TJCE 2001, 22) , Liikenne, fundamento 31; sentencia de 24 de enero del 2002 (TJCE 2002, 29), Temco, fundamento 23; y sentencia de 2º de noviembre del 2003 (TJCE 2003, 386) , Carlito Abler, fundamento 30).

B).- " Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" ( sentencia Sützen fundamento 14, sentencia Hernández Vidal fundamento 29, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 29, sentencia Allen fundamento 26, sentencia Didier Mayeur fundamento 52, sentencia Liikenne fundamento 33, sentencia Temco fundamento 24, y sentencia Carlito Abler fundamento 33 ).

C).- "La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa" (sentencia Sützen fundamento 15, sentencia Hernández Vidal fundamento 30, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 30, sentencia Allen fundamento 27, sentencia Didier Mayeur fundamento 49, y sentencia Liikenne fundamento 34)".

"3).- Es cierto que, las sentencias que se vienen mencionado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sostenido que "puede bastar, en determinadas circunstancias, con que el nuevo adjudicatario de la contrata se haya hecho cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que su antecesor destinaba especialmente a la ejecución de su contrata", ( sentencia Sützen, fundamento 19 ), y por ello han afirmado que la entidad económica "puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea", ( sentencias, Sützen fundamento 21, Hernández Vidal fundamento 32, Sánchez Hidalgo fundamento 32, Allen fundamento 29, Liikenne fundamento 38, y Temco fundamento 26 )."...

"4).- Por consiguiente, si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de "sucesión de plantilla", en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el art. 44 del ET .".



Finalmente, conviene tener presente el art. 18 del Convenio que dice: "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. 3. Para llevar a cabo la nueva contratación de aquel personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña, la nueva empresa contratista de Contact Center, vendrá obligada a respetar las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos. De la misma forma se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión. Se respetará el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional. Se respetarán los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible. Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el trabajador. No habrá período de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año. 4. La nueva empresa constituirá una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, para aquellos trabajadores que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado para cada campaña. De producirse vacantes en tal campaña durante el plazo de tiempo señalado, la empresa vendrá obligada a cubrirlas con el personal de dichas bolsas, salvo que tuviera trabajadores con contrato indefinido pendientes de reubicación, quienes, en todo caso, tendrán preferencia absoluta para ocupar dichas vacantes. 5. Los representantes legales de los trabajadores, cuando no exista en la nueva empresa dentro de la provincia donde se va a ejecutar la campaña representación legal de los trabajadores, mantendrán su condición por el tiempo indispensable hasta la celebración de elecciones sindicales en dicha circunscripción y empres".

2. Sentado lo anterior conviene recordar que la sentencia recurrida (fundamentos de derecho quinto y sexto) reconoce que no ha existido transmisión de ningún medio material, pero añade que esa transmisión no es necesaria, pues para que haya transmisión de empresa basta con la transmisión de la actividad y de la plantilla, particular en el que se produce la contradicción doctrinal, porque la sentencia de contraste entiende que hace falta transmisión de activos materiales para que exista sucesión empresarial y que no puede hablarse de sucesión de plantillas porque si la nueva contratista ha asumido la plantilla de la anterior no ha sido en virtud de un acuerdo, ni de un mandato legal, sino de lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo que no dispone la subrogación de la misma, al establecer sólo la necesidad de que los trabajadores de la anterior participen en el proceso de selección de personal de la nueva, obligación existente, únicamente, en los términos establecidos por el Convenio.

De lo que antecede se deriva que es más correcta, como ha informado el Ministerio Fiscal, la doctrina contenida en la sentencia de contraste, por cuanto ningún acuerdo sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras de la misma ha existido entre la antigua y la nueva contratista que ha puesto por su cuenta los medios materiales de todo tipo necesarios para el desarrollo de una actividad, como la del Contact Center, que necesita de inmuebles, teléfonos, aparatos informáticos etc. etc. que son imprescindibles para su desarrollo. El cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el art. 44-2 del E.T., ni en el 1-1 de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026), 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.

Conviene recordar lo que en nuestra sentencia de 17 de junio de 2008 (J 2008, 4229) (Rcud. 4426/2006) sobre la sucesión de plantillas: "Es cierto que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001, de la Comunidad Europea que sustituye y refunde las Directivas 77/187 y 1.958/50 de la CE (RCL 1978, 2836), como ya hizo



esta Sala en sus sentencias de 20 (RJ 2004, 7162) y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) ( Rec. 4424/2003 y 899/2002 ), donde se vino a decir que existía sucesión empresarial cuando había transferencia de la mera actividad si la misma se veía acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, al entenderse que ese conjunto tenía el carácter de "entidad económica", razón por la que habría sucesión de empresa cuando se sucedía en la actividad y en la plantilla, supuesto también llamado de "sucesión en la plantilla". En las citadas sentencias se afirma: "Es de destacar que el actual artículo 3 de la citada Directiva así como el 3 de la que resulta derogada, Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 , contienen previsiones que anticipadamente nuestro ordenamiento contempló y reguló con precisión imponiendo la subrogación empresarial en el supuesto de transmisión en el artículo 79 del Decreto de 26 de Enero de 1944 (RCL 1944, 274) por el que se aprueba la Ley del Contrato del Trabajo y la subrogación con responsabilidad solidaria en el artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales 16/1976, de 8 de Abril (RCL 1976, 766) , pues no cabe olvidar que el Derecho Comunitario se orienta a la convergencia entre los Estados de la Unión Europea dada la diferente tradición observada por cada uno de ellos en la regulación de las relaciones jurídicas con la inevitable consecuencia de que en algunos países se plantea con cada Directiva una urgente necesidad reguladora y en otros la norma comunitaria resulta innecesaria por presentar el Derecho nacional una regulación más técnica y ambiciosa de la que pueda proponer el órgano comunitario. Ha de afirmarse que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) cumple a la perfección los fines que persigue el artículo 3 de la anterior Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 y de la Directiva 1998/50/CEE de 29 de junio para el caso de afirmar que existe cesión empresarial. Resta, sin embargo, dilucidar el extremo de su existencia a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria y en particular, siguiendo los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997, 45) (asunto Süzen ) que en primer lugar define el perfil general de la transmisión empresarial como "la que necesita además de la sucesión en la actividad objeto de la contrata la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial", para añadir en su Fundamento 21 que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y por ello ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea". En definitiva la doctrina que sienta la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de "entidad económica".

Pero esta doctrina no es aplicable en supuestos como el presente en la que la nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo para ello la totalidad o parte de su plantilla, sino que ha puesto sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su Know how (saber hacer como empresa), lo que impide estimar que haya existido sucesión de plantillas, pues estas circunstancias evidencian una situación distinta que justifica la inaplicación del artículo 44 del E.T., cual ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sus sentencias de 12 de febrero de 2009 ( TJCE 2009, 29) fundamentos 40 y 41) y de 20 de enero de 2011 (fundamentos 33 a 35).

Por lo tanto, este es el supuesto, en el que la nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo para ello la totalidad o parte de su plantilla, sino que ha puesto sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su Know how (saber hacer como empresa) y en que no puede hablarse de sucesión de plantillas porque si la nueva contratista ha asumido la plantilla de la anterior no ha sido en virtud de un acuerdo, ni de un mandato legal, sino de lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo que no dispone la subrogación de la misma, al establecer sólo la necesidad de que los trabajadores de la anterior participen en el proceso de selección de personal de la nueva, obligación existente, únicamente, en los términos establecidos por el Convenio."

Frente a este argumento jurisprudencial, la realización de un mismo servicio a favor de un mismo cliente, no es suficiente razón para justificar la subrogación pretendida y, por ello, la antigüedad debe computarse desde el contrato suscrito con la demandada, es decir, la del 1 de febrero de 2014 fecha del primer y único contrato suscrito con Atento Teleservicios y la de despido, el 23 de abril de 2014. Ha de desestimarse entonces el recurso si a ello obliga la doctrina unificada.

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Angelica contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Seis, de fecha 12 de septiembre de 2014 , Proceso 330/2014, dictada en virtud de demanda seguida por D<sup>a</sup>



Angelica contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS, SA y ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A., sobre Despido, confirmando íntegramente dicha resolución.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ