

Roj: **STS 474/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:474**Id Cendoj: **28079140012015100024**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/01/2015**Nº de Recurso: **15/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de Casación interpuestos por el Procurador Don Jesús Iglesias Pérez, en nombre y representación de DOÑA Brigida Y OTROS, por el Letrado Don Jacinto Morano González, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y por el Letrado Don Federico Martínez García, en nombre y representación de DOÑA Genoveva , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 25 de julio de 2013, en actuaciones nº 242/2012 seguidas en virtud de demanda a instancia de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, Yolanda , Carla , Genoveva , Gema , Nuria , Frida , Paloma , María Angeles , Carlota , Graciela , Brigida Y OTROS contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIOS DE TELEMARKETING SA SERTEL, ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA, COMISIONES OBRERAS, UGT Y CSIF, sobre IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, Yolanda , Carla , Genoveva , Gema , Nuria , Frida , Paloma , María Angeles , Carlota , Graciela , Brigida Y OTROS, se planteó demanda de IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se anule la Resolución administrativa de la Ministra de Empleo y Seguridad Social de 22 de junio de 2012, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Empleo de 16 de febrero de 2012, declarando la no concurrencia de las causas previstas para un despido colectivo y el incumplimiento de los requisitos formales para estos procedimientos por parte de la Autoridad Laboral y declarando el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse a sus puestos de trabajo, en las condiciones previstas en el aplicable artículo 151.11 de la Ley de Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 25 de julio de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos la demanda de impugnación de actos administrativos interpuesta por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, Yolanda , Carla , Genoveva , Gema , Nuria , Frida , Paloma , María Angeles , Carlota , Graciela , Brigida Y OTROS contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIOS DE TELEMARKETING SA SERTEL, ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA, COMISIONES OBRERAS, UGT Y CSIF, absolviendo a estos últimos de sus pedimentos."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** SERTEL regula sus relaciones laborales por el V Convenio de Contact Center, publicado en el BOE de 27-7-12, que sucede al VI Convenio, publicado en el BOE de 20-2-08. **2º.-** Tras el correspondiente período de consultas finalizado



sin acuerdo, el 14-10-11 SERTEL presentó expediente de regulación de empleo ante la Dirección General de Trabajo, donde se tramitó como ERE NUM000 , solicitando la extinción de 241 contratos, pertenecientes a la plataforma de la empresa para ADIF. Las causas alegadas eran económicas, técnicas y productivas, basadas en la pérdida de la adjudicación de la contrata del servicio de telemarketing con ADIF, su principal cliente; adjudicación que recayó en ATENTO. **3º.**- A lo largo del período de consultas no se solicitó información adicional a la entregada por la empresa al comienzo del mismo. En la reunión de 25-10-11 CCOO descartó que existiera causa económica pero admitió la productiva, basándose para ello en un informe de la Sección Sindical Estatal de SERTEL COMFIA-CCOO que así lo afirmaba. CSIF, por su parte, negó la causa económica y organizativa, aunque manifestó ver causa productiva. En la reunión del período de consultas de 10-11-11, UGT rechazó la existencia de causa económica, pero admitió la organizativa. CGT rechazó que existiera causa alguna, ni económica, ni organizativa ni productiva. **4º.**- El 29-11-11 la Dirección General de Trabajo dictó resolución, mediante la que se desestimó la solicitud de SERTEL, por considerar la autoridad laboral que se trataba de un supuesto de sucesión de empresas. En la misma se argumentaba que, puesto que las causas alegadas se centraban en la pérdida de la contrata con ADIF, lo que debía dilucidarse es si existía en este caso una sucesión de empresas, y si, en consecuencia, era aplicable la obligación de subrogación por parte de ATENTO TELESERVICIOS S.A.U del personal de SERTEL vinculado a la ejecución de dicha contrata en los términos previstos en el artículo 44 ET . La autoridad laboral concluyó que sí, y por ello declaró, "en virtud del artículo 17 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, la improcedencia de la solicitud de despido colectivo presentada por la empresa SERVICIOS DE TELEMARKETING S.A, toda vez que dicho procedimiento (de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) está previsto exclusivamente para los supuestos de extinciones de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y no para los supuestos de sucesión de empresa con subrogación del personal en los que, según dispone el artículo 44 del ET ya citado, no se extingue por sí misma la relación laboral de los afectados." **5º.**- El 19-1-12 ATENTO dirigió comunicación a SERTEL en la que indicaba que, en caso de que se autorizara el ERE, se ofrecía a los trabajadores que vieran extinguida su relación laboral en virtud del mismo el acceso al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla del servicio, con las siguientes condiciones, entre otras: "contrato laboral de obra o servicio determinado para el 90% de los trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio ADIF y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña"; sin período de prueba para estos mismos trabajadores; misma categoría profesional consolidada en SERTEL; misma jornada, distribuida en cinco días hábiles; mismos turnos siempre que se adapten a la nueva campaña; mismas condiciones salariales extraconvenio. Igualmente, se ofrece la constitución de una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, "para aquellos candidatos que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado del 90%. De producirse vacantes en el servicio, se cubrirán con el personal de dicha bolsa, salvo que existan trabajadores en la empresa con contrato indefinido pendientes de reubicación quienes, en todo caso, tendrán preferencia absoluta para ocupar dichas vacantes." **6º.**- La resolución de la Dirección General de Trabajo fue recurrida en alzada por SERTEL Y ATENTO, y fue revocada por resolución del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 15-2-12, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por SERTEL. En esta Resolución del Ministerio se mantuvo "no hay una transmisión de elementos patrimoniales o infraestructura por parte de la mercantil SERTEL a la nueva contratista ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, SA, sino que aquella continúa en el mercado de las empresas de Contact Center desarrollando su actividad en régimen de competencia y con el mismo patrimonio. Y por otro lado, ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, SA debe realizar una serie de inversiones necesarias para el desarrollo de la contrata, aportando los elementos materiales anteriormente descritos (que constan en el Pliego de condiciones) y ello con independencia de la plantilla o recursos humanos que se destinen a la prestación de servicios". En consecuencia, el Ministerio entendió que "procede la solicitud de la empresa de Expediente de Regulación de Empleo retrotrayendo las actuaciones al momento procedimental de la comunicación de la finalización del periodo de consultas SIN ACUERDO, con el fin de que por parte de la Autoridad Laboral se proceda con lo dispuesto en el Art. 51.6 del Estatuto de los Trabajadores y se dicte nueva Resolución." Esta Resolución fue confirmada por SAN 14-2-13 (proc. 345/2012), que no ha sido recurrida. **7º.**- El 16-2- 12 la Dirección General de Empleo dictó nueva resolución, mediante la que autorizó a SERTEL a extinguir 227 contratos de trabajo, pertenecientes a los centros de Madrid, Barcelona y Sevilla. De esos 227 afectados, 221 eran trabajadores de producción y 6 de estructura. Planteado recurso de alzada contra la Resolución autorizante, fue desestimado por otra de fecha 22-6-12. **8º.**- ATENTO incorporó a su plantilla a 221 trabajadores procedentes de la campaña de ADIF, cuya adjudicataria precedente era SERTEL. Las incorporaciones fueron en todo caso por admisión voluntaria de los trabajadores y previa extinción de sus contratos con SERTEL. **9º.**- Los medios materiales con los que SERTEL atendía la campaña de ADIF, no se pasaron a ATENTO. **10º.**- En el contrato administrativo ADIF-ATENTO y Pliego de condiciones, se establece que "Los servicios se prestarán por el Contratista desde tres



plataformas ubicadas en las provincias de MADRID, BARCELONA, SEVILLA". Se indica igualmente que "EL CONTRATISTA dispondrá en cada Plataforma de personal debidamente formado, instalaciones, sistemas de telefonía, sistemas de comunicaciones, medios informáticos y, en general, de todo lo necesario para la correcta prestación del servicio", y se precisan unas características técnicas de cierto número de puestos, comprensivas de hardware y software, que el contratista debe aportar y mantener en exclusiva para ADIF, junto a otros medios que son proporcionados por esta última. Además, el contratista debe aportar un número mínimo de líneas telefónicas, teléfonos fijos y móviles, cuentas de correo, impresoras, faxes y escaners. Las líneas de datos se proporcionan por ADIF. **11º.-** El 4-10-11 ATENTO suscribió contrato de arrendamiento de oficina en Sevilla, abonando seguidamente las correspondientes rentas de alquiler. Constan facturas contra ATENTO por "acondicionamiento nueva plataforma en teleoperación" en la citada oficina. Constan igualmente facturas dirigidas a ATENTO en concepto de "Consultoría y Desarrollos BI para la oferta de ATENTO al servicio de Telemarketing a Renfe Operadora y a ADIF", y otras por "suministro e instalación de cableado", por suministro de ordenadores y hardware y por licencias informáticas. ATENTO utiliza sus medios materiales para dar servicio a ADIF, que sólo aporta las aplicaciones propias del servicio e impresoras. El servicio se presta desde instalaciones propias de ATENTO. **12º.-** SERTEL venía incurriendo hasta el ejercicio 2010 en resultados de explotación positivos, representando éstos un peso sobre los ingresos por prestaciones de servicios en 2009 y 2010 del 12% y 8% respectivamente. Pero en agosto de 2011 la cifra se había reducido al 1%, estimándose que en 2011 los resultados de explotación serían -418.405, y en 2012 -4.046.367. La causa económica alegada por SERTEL para despedir se basaba en una previsión de pérdidas de -239.292 en 2011, y de -2.907.358 en 2012. Los ingresos de SERTEL disminuyeron un 35% entre 2008 y 2012, pasando de casi 33 millones de euros en 2008 a 21 millones de euros en 2012. En 2012 los ingresos descendieron un 14%, debido en gran medida a la pérdida de ADIF como cliente. El importe neto de la cifra de negocio de SERTEL disminuyó un 36% en el periodo comprendido entre 2008 y 2012, pasando de 31,5 millones de euros en 2008 a 20,3 millones de euros en 2012. En concreto, la actividad trimestral de la Compañía ha disminuido un 18% el segundo trimestre de 2012 respecto al mismo trimestre de 2011, un 21% el tercer trimestre de 2012 respecto al mismo trimestre de 2011, un 10% el último trimestre de 2012 respecto al mismo trimestre de 2011 y un 24% el primer trimestre de 2013 respecto al mismo trimestre de 2012. El servicio a ADIF suponía el 31,9% del importe neto de la cifra de negocio en 2010 y el 24% en 2011. Los trabajadores adscritos a esta campaña constituían el 31,4% de la plantilla total de la empresa. En el período que va de octubre de 2011 (fecha de inicio del procedimiento del ERE) hasta mayo de 2013, SERTEL ha perdido una facturación anual de 1,86 millones de euros. Tras el ERE, la plantilla de SERTEL ha seguido reduciéndose de modo gradual, si bien con oscilaciones en su mayor parte por contrataciones temporales, en un 10% de febrero de 2012 a mayo de 2013. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de DOÑA Brigida Y OTROS, de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y de DOÑA Genoveva .

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 17 de diciembre de 2014, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es antecedente directo de la presente litis la pérdida por la empresa SERTEL de la contrata del servicio de telemarketing que tenía con ADIF, su principal cliente, contrata que sin solución de continuidad fue adjudicada a la empresa Atento, entidad dedicada a la misma actividad que la anterior y sujeta como ella al Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center. A raíz de ello, tras la tramitación del oportuno expediente por causas productivas, organizativas y económicas, por SERTEL se acordó la rescisión indemnizada de 227 contratos de los centros de Madrid, Barcelona y Sevilla. Atento, tras el oportuno proceso de selección contrató, mediante contrato para obra o servicio determinado, a 221 trabajadores fijos de los 227 que habían extinguido sus contratos con SERTEL, a quienes empleó en la contrata de ADIF utilizando los medios materiales propios exigidos en ella, sin adquirir ninguno a la anterior contratista (hechos probados noveno a undécimo inclusive). Los sindicatos CC.OO., CSIF y U.G.T. reconocieron la concurrencia de causas productivas y organizativas, que no económicas, pero la C.G.T. negó la concurrencia de causa alguna que justificase esa decisión y presentó demanda impugnando los despidos y la resolución administrativa de 16 de febrero de 2012 que los había autorizado en el ERE NUM000 , al amparo del art. 151 de la L.R.J.S ., pretendiendo que se anulara esa resolución y los despidos con los efectos previstos en el nº 11 del citado art. 151 para los trabajadores afectados. También presentaron demanda impugnando esa actuación a título individual determinados trabajadores que luego se adhirieron a la demanda de la C.G.T., en su mayoría.



2. Tras los trámites legales el 25 de julio de 2013 recayó sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la que se desestimaron las demandas. Contra la anterior resolución han presentado recurso de casación ordinaria la C.G.T., una trabajadora, Genoveva, que se ha adherido y ha hecho suyo el recurso de la C.G.T. y otro grupo de trabajadores Brigida y otros, que únicamente plantea la infracción de los artículos 44 y 51 del E.T. por haber existido sucesión de empresa en una actividad en la que lo importante es la mano de obra, la existencia de una plantilla cualificada y organizada que pasa de una empresa a otra, cuestiones que, también plantea el recurso de la central sindical recurrente, razón por la que examinando su recurso con detalle se dará respuesta a todos los recursos. Las alegaciones de fraude de ley y de connivencia entre las sucesivas contratistas fueron rechazadas por la sentencia recurrida, al tratarse de una cuestión nueva que no se planteó en la demanda, sino en el acto del juicio, modificación sustancial de la demanda inadmisibles por provocar indefensión, argumentos que no han sido combatidos por ningún motivo de los recursos.

3. La demandada Atento, al impugnar el recurso, plantea la falta de legitimación activa de los trabajadores individuales para intervenir en un proceso de los previstos en el artículo 124 de la L.J.S., razón por la que no podían demandar, ni recurrir. La objeción debe rechazarse porque el procedimiento seguido no es el del art. 124 de la L.J.S., sino el del 151 de impugnación del acto administrativo que autorizó las extinciones. En este último procedimiento, la legitimación "ad procesum", la legitimación para ser parte en él se reconoce individualmente a todos los trabajadores afectados por él (art. 151-5 de la L.J.S.).

SEGUNDO.- 1. Los cuatro primeros motivos del recurso del sindicato recurrente pretenden, al amparo del artículo 207-d) de la L.J.S. la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. Al respecto conviene recordar la doctrina tradicional de la Sala en esta materia, que sigue vigente, dado que la redacción del precepto antes citado no ha cambiado la del art. 205-d) de la derogada L.P.L.. Esa doctrina es resumida por nuestra sentencia de 21 de abril de 2009 (R.O. 53/2007) diciendo: "Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

2. En primer motivo revisorio pretende que al relato fáctico impugnado se le adicione que el coste anual de los trabajadores despedidos asciende a 3'9 millones de euros. El motivo no puede prosperar porque su adición es irrelevante para el sentido del fallo. Es cierto que ese dato da noticia de la importancia del factor humano en la producción, pero la realidad de ese dato ya consta en el ordinal duodécimo de los hechos declarados probados cuando se reseña que la contrata de ADIF suponía casi el 32 por 100 neto de la cifra de negocio de la empleadora, quien ocupaba en el cumplimiento de ese servicio casi al 31'5 por 100 de sus empleados, más de 220 personas. Además, como luego se verá la importancia del factor humano en la producción no nos puede hacer olvidar la importancia de los medios materiales aportados por la contratista (ordinales décimo y undécimo de los hechos probados), medios técnicos y organizativos sin los que los empleados no podían llevar a cabo su labor.

3. Con idéntico amparo procesal se pretende en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso que se hagan adiciones al relato fáctico impugnado que pueden ser objeto de un tratamiento conjunto. En esencia se pretende que en el relato de hechos probados se diga que SERTEL pertenece al grupo FUNDOSA, grupo que anualmente consolida sus resultados, que, dentro del grupo FUNDOSA, existe otra sociedad dedicada como SERTEL a mercadotecnia telefónica, marketing telefónico y servicios de telecomunicaciones, así como que existen saldos deudores y acreedores entre SERTEL y otras empresas del grupo. No puede accederse a las modificaciones interesadas por las siguientes razones: Primera porque cual consta en el ordinal tercero de los hechos declarados probados durante el periodo de consultas no se solicitó información adicional a la facilitada por la empresa sobre los particulares a los que se refiere la modificación fáctica examinada, lo que hace pensar que la recurrente dió por buena la documental aportada, pues lo contrario nos llevaría a presumir que la demandante obró de mala fe para sorprender a la contraparte, lo que debe rechazarse, máxime cuando la carga de la prueba de esos datos gravitaba sobre la recurrente, quien tenía fácil limitarse a pedir la aportación de la oportuna documental al respecto. Segunda porque la modificación fáctica interesada es intrascendente para el sentido del fallo lo que la hace improcedente. En efecto, la sentencia recurrida en su fundamento de derecho sexto justifica la desestimación de las demandas en que concurrían causas organizativas y productivas que hacían que el despido colectivo impugnado fuese ajustado a derecho, razonamiento que el recurso no combate y que permanecería invariable aunque se aceptara la revisión fáctica propuesta que sólo tendría relevancia si las extinciones contractuales se fundaran en causas económicas, pero no cuando se basan en razones productivas y organizativas, como es el caso.



TERCERO.- El quinto motivo del recurso alega la infracción del artículo 51-2 del E.T. en relación con el art. 6-4 del R.D. 801/2011, preceptos de los que se derivaría la nulidad del despido colectivo por la no aportación de las cuentas consolidadas del grupo y demás documentos necesarios, así como por la existencia de saldos deudores y acreedores entre la empleadora y otras empresas del grupo.

El motivo no puede prosperar porque, aparte que se funda en hechos cuya realidad no se ha probado, resulta que las extinciones contractuales que nos ocupan no se han fundado en causas económicas, sino organizativas y productivas, cuya realidad no combate la recurrente y fue reconocida por otras centrales sindicales demandadas, lo que hace estéril el análisis de las alegaciones que se hacen en este motivo del recurso, por cuanto el despido se ha considerado ajustado a derecho por razones diferentes a las que requerirían la aportación de los documentos que dice el recurso.

CUARTO.- 1. El último motivo del recurso alega la infracción del art. 44 del E.T., al entender la recurrente que ha existido sucesión de empresa (de SERTEL a ATENTO), en su modalidad de sucesión de plantillas, pues, ha existido transmisión de la actividad realizada para el mismo cliente (ADIF), mantenimiento de la estructura organizativa, sucesión en los contratos de la mayor parte de los trabajadores y aportación por la contratista de parte de los elementos materiales, sin que por otro lado sea necesaria para la existencia de sucesión una transmisión de elementos. Ante todo conviene resaltar que el recurso no cuestiona la aplicación del art. 18 del Convenio Colectivo: ni alega su infracción, ni su indebida aplicación, ni pone en duda su validez por no ser conforme con la normativa comunitaria, ni con lo dispuesto en el art. 44 del E.T.. En realidad, al argumento básico empleado consiste en que, como el coste de la mano de obra es superior al coste de los medios materiales puestos por la empresa, estamos ante una "sucesión de plantillas".

2. Para resolver el motivo examinado se hace preciso recordar que, según los antecedentes de hecho, tras la rescisión indemnizada de los contratos de 227 trabajadores de SERTEL en un ERE extintivo, 221 de estos empleados, tras el oportuno proceso de selección, fueron contratados de forma voluntaria con contrato para obra o servicio determinado por ATENTO, entidad que puso los medios materiales de todo tipo, inmuebles y muebles, necesarios para organizar el servicio contratado con ADIF, sin adquirir ninguno de SERTEL (hechos probados noveno a duodécimo).

También, conviene recordar lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center de aplicación en ambas empresas que establece. *"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 empresa."

Así mismo, conviene tener presente la doctrina de la Sala sobre el art. 44 del E.T. que a la vista de la normativa comunitaria que es resumida en nuestra sentencia de 15-7-2013 (Rcud. 1377/12) diciendo: "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. 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".

Para terminar con la exposición de nuestra doctrina conviene insistir en que la Sala considera de preferente aplicación el artículo 44 del E.T. y la normativa comunitaria que transplanta a nuestro derecho, por cuanto estas normas priman sobre la convencionales. Consecuentemente, cuando no existe transmisión de una unidad productiva autónoma, cuando no se transmiten una serie de elementos personales y materiales organizados para llevar a cabo una actividad productiva, no puede hablarse de sucesión empresarial. Excepcionalmente, cuando la nueva empresa continúa desempeñando la misma actividad que la anterior y contrata a gran parte de los empleados de la misma, si ese conjunto de empleados tiene entidad económica autónoma, puede hablarse de sucesión de empresa cuando sucede en la actividad y en al plantilla, figura denominada "sucesión en la plantilla" que se produce en los supuestos en los que la actividad descansa sustancialmente en la utilización de mano de obra, no siendo relevantes los medios materiales. Por ello, serán las circunstancias de cada caso las que determinen si ha existido o no sucesión de empresa y, caso de que la respuesta sea negativa, se deben aplicar subsidiariamente las disposiciones del Convenio.

3. Obsérvese que los recursos no impugnan la validez del artículo 18 del Convenio de aplicación, ni tampoco la forma en la que lo ha interpretado la sentencia recurrida, como una mejora de las disposiciones legales cuando no sea aplicable el art. 44 del E.T., al igual que las centrales sindicales mayoritarias. Así las cosas, el problema es determinar no el alcance del artículo 18 del Convenio de aplicación, sino si, conforme al art. 44 del E.T., ha existido sucesión de empresa porque en caso contrario se aplica el Convenio Colectivo, cuyo art. 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 art. 44 del E.T..

A la vista de los antecedentes fácticos y jurídicos reseñados, procede desestimar el motivo del recurso examinado, 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, antes citada y que fue dictada en un caso similar: "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, 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 (Rcud. 4426/2006) dijimos 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, como ya hizo esta Sala en sus sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (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 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 16/1978, de 8 de Abril, 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 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 (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".

Esta doctrina no es aplicable a casos como el que nos ocupa porque no se ha transmitido una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio. La nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo parte de su plantilla, sino que ha puesto sus propias instalaciones (inmuebles que incluso tenía antes), ha puesto en marcha tres plataformas, centros de trabajo desde los que operar, y otros medios materiales como sistemas de telefonía, sistemas de comunicación, medios informáticos y todo lo necesario para la prestación del servicio, hardware y software, número mínimo de líneas telefónicas, teléfonos fijos y móviles, cuentas de correo, impresoras y scanners, entre otros medios que se detallan en pliego de condiciones, elementos todos sin los que la actividad no podría ser desarrollada, porque lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos, ya que, la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad, necesidad que en este caso es evidente porque sin las inversiones hechas por la nueva contratista y demás medios materiales puestos por ella los trabajadores que contrató de la antigua no habrían podido prestar el servicio que requería la actividad por falta de instalaciones y demás medios materiales. Además, ha aportado la organización del servicio y know how (saber hacer como empresa), lo que impide estimar que haya existido sucesión de plantillas, pues las circunstancias concurrentes justifican la inaplicación del art. 44 del E.T., como se deriva doctrina del T.J.C.E., sentada en sus sentencias de 12 de febrero de 2009, caso Klarenberg (Fundamentos 40 y siguientes) y de 20 de enero de 2011 caso Clece (fundamentos 33 a 36).

QUINTO.- Por todo lo razonado, como con acierto ha informado el Ministerio Fiscal, procede desestimar los recursos examinados, pues de lo razonado se deriva que no existió el fraude de ley que se insinúa, sino una actuación acorde con las normas legales y convencionales, cual evidencia el hecho de que la nueva contratación vino precedida de la rescisión indemnizada de los contratos, indemnización cuyo coste se habría tratado de evitar de existir el concierto fraudulento que se insinúa entre las dos contratistas. sin costas.

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

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación legal de DOÑA Brigida Y OTROS, por la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y por DOÑA Genoveva, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 25 de julio de 2013, en actuaciones nº 242/2012



seguidas en virtud de demanda a instancia de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, Yolanda , Carla , Genoveva , Gema , Nuria , Frida , Paloma , María Angeles , Carlota , Graciela , Brigida Y OTROS contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIOS DE TELEMARKETING SA SERTEL, ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA, COMISIONES OBRERAS, UGT Y CSIF. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ