

Roj: **STS 4370/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4370**Id Cendoj: **28079140012016100695**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/09/2016**Nº de Recurso: **1438/2014**Nº de Resolución: **769/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Pedro Granja Roca, actuando en nombre y representación de Atento Teleservicios España SAU, contra de la sentencia dictada el 29 de enero de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 4567/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, en autos núm. 467/2012, seguidos a instancias de D^a Rosario frente a Atento Teleservicios España SAU y el Fondo de Garantía Salarial, sobre Despido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por Doña Rosario, contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, SA. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora acordado por la demandada y, en consecuencia, condeno a ésta a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, proceda: a) a la readmisión de la demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, el 17 de abril de 2012, hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de 31,73 euros diarios, sin perjuicio de la responsabilidad legal del Estado, en cuanto a los salarios de tramitación; b) o bien a abonarle una indemnización por importe de 261,77 € en dicho plazo de cinco días, quedando extinguida la relación laboral en el momento en que el empresario opte por la no readmisión, y entendiéndose, caso de no ejercitar la opción el empresario en el plazo indicado, que procede la readmisión.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: «PRIMERO.- La actora ha venido prestando servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de Contact Center, en el centro de trabajo sito en Gran Vía de Les Corts Catalanes 866-872, desde 20 de febrero de 2012, en que suscribió contrato de duración determinada, por obra o servicio determinado (Estación de Viajeros de ADIF) a tiempo parcial, en jornada de 30 horas semanales, ostentando la categoría profesional de teleoperadora especialista y con un salario mensual bruto con inclusión de la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias de 965,10 € (hechos primero, segundo, tercero y cuarto de la demanda, en extremos admitidos por la demandada, informe de vida laboral, folios 88 a 95, contrato de trabajo, folios 115-116 y 182 a 185 y hojas de salario, folios 187 a 189, no controvertido). SEGUNDO.- La actora estuvo prestando el mismo servicio de teleoperadora que ha realizado para la demandada, consistente en recepción de llamadas de RENFE, desde el 23 de octubre de 2007 y hasta el 19 de febrero de 2012, para la empresa SERVICIOS DE TELEMARKETING, SA., la que tenía contratado el servicio con RENFE-ADIF hasta el mes de febrero de 2012, en que ha asumido la contrata la ahora demandada, si bien la prestación de servicios la desarrollaba la trabajadora en el centro de trabajo sito



en Sant Boi de Llobregat (hecho primero de la demanda, informe de vida laboral, folios 88 a 95 y contrato de trabajo, folios 110 a 113, no controvertido). TERCERO.- En septiembre de 2011 la empresa demandada suscribió contrato de prestación de servicios con la entidad pública ADIF, siendo el objeto del mismo el servicio de Telemarketing a RENFE OPERADORA y ADIF, el mismo que con anterioridad llevaba a cabo la mercantil SERVICIOS DE TELEMARKETING, SA. Sin embargo, la prestación de servicios no se inició hasta 20 de febrero de 2012 (contrato, Pliego de condiciones y Anexos, obrantes a folios 194 y siguientes y documento sobre aplazamiento de la prestación de servicios, folio 492, que se dan por reproducidos). Consecuencia de la firma del referido contrato de prestación de servicios con ADIF, la empresa demandada ha procedido a la contratación de alrededor del 90 por 100 de los trabajadores que hasta entonces prestaban el mismo servicio por cuenta de SERVICIOS DE TELEMARKETING, SA., entre ellos a la actora, si bien han pasado a trabajar en distinto centro de trabajo, en Glorias (Gran Vía de Les Corts Catalanes 866-872), que lo es de la demandada, al igual que los medios de trabajo utilizados (contestación a la demanda por la demandada y testifical de Consuelo , supervisora de la demandada para el servicio de ADIF y listado de personal contratado, proveniente de la anterior empresa, folios 525 a 527 y facturas de compra de medios para el funcionamiento de la contrata, folios 529 y siguientes). En fecha 19 de febrero de 2012 la actora ha firmado documento de finiquito con la empresa SERVICIOS DE TELEMARKETING, SA., en virtud del cual ha percibido la liquidación correspondiente a la extinción de su contrato, sin cantidad alguna en concepto de indemnización, indicando su no conformidad (documento obrante a folio 114, que se da por reproducido). CUARTO.- En fecha 17 de abril de 2012 la empresa demandada ha notificado a la actora comunicación escrita de la misma fecha por la que procedía a su despido por causas disciplinarias, del siguiente tenor literal: "Por medio de la presente le comunicamos que la Dirección de esta empresa ha decidido proceder a sancionarle con el DESPIDO, como autor de una Falta muy grave, con fecha desde esta misma fecha, por los siguientes hechos y causas: Por parte de la empresa se ha venido realizando, un seguimiento de la calidad del servicio en todos los puestos, siguiendo los parámetros objetivos definitivos. En su caso, hemos detectado que de manera reiterada no ha cumplido los requisitos necesarios para garantizar un nivel de calidad aceptable en el servicio. En concreto, Usted ha atendido un promedio diario de 67,8 llamadas, mientras que en el servicio el promedio diario que se atiende es de 80,13 llamadas. Los anteriores hechos pueden ser calificados como una disminución reiterada y voluntaria del rendimiento, lo que constituye justa causa de despido de conformidad con lo establecido en el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y art. 70.12 del CC " (hecho quinto de la demanda y carta de despido, obrante a folios 4 y 190). QUINTO.- El Pliego de condiciones del contrato suscrito entre la demandada y ADIF establece unos tiempos medios de llamadas a cumplir (TMO), que sitúa en 165. En el mes de marzo de 2012 la actora ha realizado un TMO de 235 (testifical de Consuelo , supervisora de la demandada para el servicio de ADIF y documentos obrantes a folios 192 y 193, ratificados por dicha testigo). La actora ha estado en situación de baja médica en 15 y en 31 de marzo de 2012 (documentos obrantes a folios 622 a 625). SEXTO.- La demanda de conciliación extrajudicial se presentó en fecha 14 de mayo de 2012, celebrándose el intento de conciliación, sin avenencia, en fecha 18 de junio de 2012 y presentándose la demanda origen de las presentes actuaciones en fecha 14 de mayo de 2012 (folios 17 y 1).».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Rosario , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 29 de enero de 2014, en la que consta el siguiente fallo: «Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Rosario contra la sentencia dictada el 28 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 467/2012, a instancia de D^a Rosario contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y, en consecuencia, fijamos como importe de la indemnización la suma de 6.488,31 euros, confirmando los restantes pronunciamientos de tal resolución.».

CUARTO.- Por el Letrado D. Pedro Granja Roca, actuando en nombre y representación de Atento Teleservicios España SAU, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de abril de 2010 en el Recurso núm. 5254/2009 .

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso procedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 15 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora vino prestando servicios por cuenta de Servicios de Telemarketing S.A. del 23 de octubre de 2007 al 19 de febrero de 2012 en el servicio que ésta tenía concertado en la estación de RENFE,



RENFE-ADIF. Desde el 20 de febrero de 2012 hasta su cese prestó servicios por cuenta de la recurrente, Atento Teleservicios España S.A.U. que asumió la contrata, contratando el 90% de la plantilla incluida en la campaña precedente Servicios de Marketing S.A. y entre otros trabajadores a la demandante si bien ha pasado de un centro, a otro. El 19 de febrero de 2012 la actora percibió de Servicios de Marketing una cantidad en concepto de finiquito. Atento Teleservicios España S.A.U. despidió a la demandante el 17 de Abril de 2012 por razones disciplinarias. Impugnado el despido, el Juzgado de lo Social declaró su improcedencia, calculando la indemnización correspondiente con arreglo a una antigüedad de febrero de 2012. En Suplicación se estima el recurso de la trabajadora en lo que atañe al importe de la indemnización que se cifra en 6488#31 €, al considerar existente la sucesión entre ambas empresas lo que conduce al efecto subrogatorio respecto de las obligaciones originadas en el contrato con Servicios de Telemarketing, anteriores a la sucesión de empresas pues así es como se ha calificado el negocio jurídico.

Recorre Atento Teleservicios España S.A.U. en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 15 de abril de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid .

En la sentencia de comparación la cuestión debatida se refiere a la calificación de la asunción por IBERPHONE, S.A. en la adjudicación del servicio Telefónico 010 del Ayuntamiento de Madrid. Los trabajadores, salvo uno de ellos, iniciaron la prestación de sus servicios en IBERPHONE S.A., y continuaron prestando servicios de igual naturaleza para Qualytel Teleservicios S.A. La sentencia referencial afirma que no nos encontramos ante una sucesión del artículo 44 del Estatuto e los Trabajadores al no aparecer en autos los presupuestos que permitan concluir se haya producido un traspaso de empresas por mor de la falta de transmisión de activos materiales o inmateriales que configuran la infraestructura básica para la explotación del negocio. Tampoco considera dable deducir que se trata de una sucesión de plantillas, tal como lo viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya que parte de que si los trabajadores de la empresa saliente están prestando servicios en la nueva contratista entrante lo es por aplicación del artículo 18 del convenio colectivo de Telemarketing. Concluye que lo que existe es un compromiso de incorporación a un proceso de selección, mediante la aplicación de un baremo.

En definitiva la sentencia considera que no son de aplicación a IBERPHONE las consecuencias propias el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en orden al importe de la indemnización por extinción de contrato derivado de una superior antigüedad en tanto los trabajadores dependientes de la anterior adjudicataria sino que su responsabilidad se limita a la estricta aplicación del artículo 18 del Convenio Colectivo de Contact Center del que deriva la subrogación.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción pues si bien tanto en el recurso de Suplicación como en la Sentencia que resuelve se omite toda referencia al artículo 18 del convenio colectivo de Contact Center pese a que su análisis fue esencial para resolver como lo hizo la sentencia del Juzgado de lo Social y a que la demandada, en su impugnación del recurso de suplicación invocó el citado precepto, por lo que su aplicación no se halla ausente del debate, coincidiendo así con la sentencia de contraste si bien las decisiones adoptadas se contraponen entre sí.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción de los artículos 44 y 56 del R.D.L. 1/1995 y del artículo 18 del Convenio Colectivo de Contact Center .

La cuestión a resolver es la calificación del negocio jurídico por cuya virtud la recurrente asume un número considerable de la plantilla existente en un centro del sector «Contact Center», a raíz de la adjudicación de la contrata para la gestión de dicha actividad, planteándose la controversia a propósito de la declaración de responsabilidad de la recurrente, última adjudicataria, en el pago de la indemnización por despido de una trabajadora y la trascendencia que para su cálculo representa la antigüedad en la anterior adjudicataria, no habiendo mediado transmisión patrimonial alguna en el cambio de adjudicación.

La sentencia resuelve con arreglo a la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a través de las sentencias que cita 28 de abril , 23 de octubre y 7 de diciembre de 2009 (R.R.C.U.D. 461/2007 , 2684/2008 Y 2686/2008) de 17 de junio de 2008 (R.C.U.D. 4426/2006 y de 17 de diciembre de 2011), para llegar a la conclusión de que habiendo sucedido la nueva adjudicataria en la actividad y empleado a un 90% de la plantilla con lo que ésta es fundamental para explotar aquella, deviene irrelevante la aportación por la nueva contratista de todos los elementos materiales, siendo el marco jurídico es el de la sucesión empresarial del artículo 44 el Estatuto de los Trabajadores .

Frente a esa solución se alza Atento Teleservicios España S.A.U en casación unificadora rechazando la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores sin que ello suponga negar la asunción en la nueva contrata del 90% de la plantilla anterior atribuyendo dicha incorporación del personal a las previsiones del artículo 18 del Convenio Colectivo del sector «Contact Center».



El tenor literal del citado precepto es el siguiente: «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 telemarketing, 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 85% 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. A partir del 1 de enero del 2006, el porcentaje señalado en el párrafo anterior será del 90%.
 - 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 telemarketing, 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 periodo 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 cubrir las 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.».

Existe un mandado de contratación de un porcentaje de la plantilla existente en la anterior campaña, nacido de la negociación colectiva que ha sido la encargada de diseñar el modo y las consecuencias de llevarla a cabo.

Entre los mandatos del Convenio Colectivo se incluye el de contratar al 85% de la plantilla anterior hasta 2006 y con posterioridad al 90% llevando a cabo un proceso de selección en el que se contempla la baremación.

Respecto a las condiciones en la nueva contratación el convenio cita el mantenimiento de las salariales incluyendo las extra salariales fuera de convenio. El tiempo y formación consolidados se respetan a efectos de «promoción profesional». Mantiene también los turnos de trabajo en las condiciones que determina y excluye del periodo de prueba a quienes hubiesen permanecido en la empresa anterior más de un año.

Es pacífico que en ningún caso ha habido transmisión de medios patrimoniales por lo que nos hallamos en presencia de una contrata en la que el peso de su explotación y rentabilidad radica exclusivamente en la mano de obra. Esa circunstancia debería conducirnos a la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a su dicotomía en función del volumen de plantilla anterior incorporado por la nueva adjudicataria, y como sostiene la sentencia recurrida a reiterar una vez más el criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 11 de marzo de 1997 (R. 13/95, asunto Süzen), 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo y otros), que fue objeto de recepción, entre otras, en las S.S.T.S. de 20-10-2004 (R.C.U.D. 4424/2003) y de 27-10-2004 (R.C.U.D. 899/2002).

En suma la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma daría lugar así a la sucesión empresarial el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Hasta ahí, la doctrina comunitaria deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria.



Con anterioridad esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a idéntica controversia, a efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y considerar la existencia de sucesión de empresa con los efectos que ello comporta, de ello es ejemplo la S.T.S. de 15 de julio de 2013 (R.C.U.D. 1377/2012), siendo objeto de análisis el artículo 18 del convenio colectivo de Contact Center, a cuyo criterio estamos en la presente resolución al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación.

En consecuencia, llegados al punto de establecer si ha lugar o no a dicha incorporación y en qué medida y cuales deberán ser sus consecuencias, es el convenio colectivo el que impone una contratación del 90% de la plantilla anterior y el resto de las condiciones y consecuencias específicas. La recurrente no ha acogido al 90% de la plantilla por su voluntaria decisión configurando así una transmisión sino que en virtud del mandato convencional ha operado la contratación y es dicho mandato el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de esa imposición. Análoga cuestión a la que es ahora objeto de controversia ha sido resuelta si bien en relación a otro sector de actividad, refiriéndonos a la doctrina unificada aplicada en la interpretación del artículo 14 del convenio colectivo de empresas de Seguridad, S.T.S. de 7-4-2016 (R.C.U.D. 69/2014).

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso, y resolver el debate de Suplicación, desestimar el recurso de esa naturaleza interpuesto por D^a Rosario y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Pedro Granja Roca, actuando en nombre y representación de Atento Teleservicios España SAU, contra de la sentencia dictada el 29 de enero de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 4567/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, en autos núm. 467/2012, seguidos a instancias de D^a Rosario frente a Atento Teleservicios España SAU y el Fondo de Garantía Salarial, sobre Despido. Resolver el debate de Suplicación. Desestimar el recurso de esa naturaleza interpuesto por D^a Rosario y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.