



Roj: **STS 922/2018 - ECLI:ES:TS:2018:922**

Id Cendoj: **28079140012018100219**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **2394/2016**

Nº de Resolución: **237/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 2948/2016,**
STS 922/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2394/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 237/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 1 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Clece, S.A., representada y asistida por el letrado D. Francisco Sánchez Ortiz contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 799/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, en autos nº 1279/2013, seguidos a instancia de D. Arturo contra las entidades Ayesa Advances Technologies, S.A., Clece, S.A. y V2 Complementos Auxiliares, S.A., sobre impugnación de despido, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la entidad Ayesa Advances Technologies, S.A., representada y asistida por el letrado D. Luis María Piñero Vidal y D. Arturo, representado y asistido por la letrada D.^a Pilar Vázquez García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 6 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo la demanda formulada D. Arturo contra Ayesa Advances Technologies SA, declaro improcedente el despido del actor y condeno a la demandada a que, a su elección, que deberá ejercitar en 5 días desde la notificación de esta sentencia, lo readmita en su puesto de trabajo o lo indemnice en la suma de 14317,45 E, debiéndose estar en cuanto a los salarios de trámite a lo establecido en el fundamento jurídico sexto de esta resolución. Con absolución de Clece SA y V-2 Complementos Auxiliares SA de la acción contra ellos ejercitada».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.-D. Arturo ha venido prestando servicios para Clece SA desde 28/12/05, con categoría profesional de coordinador de sala y salario de 43,06 €/día. La prestación de servicios se produjo en el servicio de gestión 112 Cecop dependiente del Ayuntamiento de Sevilla.

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

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

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

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

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

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

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal de la entidad Ayesa Advances Technologies, S.A., se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la "AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A." contra la sentencia dictada el día 6 de Noviembre de 2.014 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, en el proceso seguido por la demanda interpuesta por D. Arturo contra las empresas "AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A.", "CLECE S.A." y "V2 COMPLEMENTOS / AUXILIARES S.A." en impugnación de despido y declaramos la improcedencia del despido de D. Arturo acordada por la empresa "CLECE S.A." con efectos de 9 de octubre de 2.013, condenando a la empresa "CLECE S.A." a optar entre la readmisión de D. Arturo con abono de los salarios de tramitación a razón de 43,06 euros diarios hasta que la readmisión se produzca, o el pago de una indemnización ascendente a 14.317,45 € y la extinción del contrato con efectos de 9 de octubre de 2.013. Se absuelve a las empresas "AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES S.A." y "V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A." de todas las pretensiones deducidas en su contra en esta instancia».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, por la representación legal de Clece, S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla de 11 de junio de 2015 (Rec. 1581/2014).



QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida la entidad Ayesa Advances Technologies, S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 1 de marzo de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se concreta en determinar las consecuencias derivadas de la decisión adoptada por la nueva empresa adjudicataria de un servicio de atención telefónica, de configurar de manera arbitraria el factor relativo al tiempo de prestación de servicios en orden a la selección del porcentaje de trabajadores de la empresa saliente cuya contratación garantiza el art. 18 del convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center publicado en el Boletín Oficial del Estado de 27 de julio de 2012.

2. Los trabajadores que formularon las demandas origen de los procesos en los que recayeron la sentencia impugnada y la citada en el recurso como término de comparación venían prestando servicios con una antigüedad de 28 de diciembre de 2005 y categoría profesional de coordinador de sala y analista respectivamente, para la empresa ahora recurrente, CLECE SA, que tenía adjudicado el servicio de gestión del Centro de Coordinación Operativo (CECOP-112), dependiente del Ayuntamiento de Sevilla. El 25 de septiembre de 2013 su empleadora les comunicó, al igual que a los restantes 13 trabajadores adscritos a la contrata, la extinción de sus contratos con efectos del día 9 del siguiente mes como consecuencia de la concesión del servicio a AYESA ADVANCES TECHNOLOGIES SA, a la que CLECE remitió la documentación pertinente a los efectos del proceso de selección previsto en el art. 18 del convenio colectivo del sector de Contact Center.

Los dos demandantes participaron en el mencionado proceso en el que conforme a las pautas establecidas por la empresa entrante la antigüedad podía alcanzar un máximo de 50 puntos sobre un total de 100, reconociéndose la puntuación máxima por ese factor a todos los trabajadores que acreditasen más de tres meses de antigüedad. Ninguno de los más tarde actores resultó elegido, presentando ambos demanda de despido. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con Sede en Sevilla de 31 de marzo de 2016 (rollo 799/2015), revocando la de instancia, declara la improcedencia del despido producido el 9 de octubre de 2013, responsabiliza a CLECE de los efectos inherentes a esa declaración y absuelve a AYESA, mientras que la sentencia de contraste, de 11 de junio de 2015 (rollo 1581/2014), de la misma Sala que dictó la impugnada, confirma la de instancia, que declaró la improcedencia del despido del trabajador, condenó a AYESA y absolvió a CLECE.

En ambos procedimientos el debate de suplicación giró, entre otros puntos, en torno al parámetro de antigüedad empleado en el proceso de selección. En relación a ese factor la sentencia recurrida reconoce que AYESA lo definió de manera arbitraria pero considera que tal conducta no se puede valorar como constitutiva de un despido, pues la empresa aplicó el mismo criterio a todos los trabajadores por igual, contratando a 12 de ellos, y un trabajador no tiene derecho a ocupar una plaza si no se ha superado el proceso selectivo, por lo que no puede aceptarse que se haya producido un despido. Por su parte, la sentencia de contraste considera que la forma en que se configuró el elemento de la antigüedad lo convirtió en un criterio inocuo con infracción de lo dispuesto en el art. 18 del convenio colectivo sectorial aplicable, calificando la conducta empresarial como fraudulenta y abusiva y constitutiva de un despido improcedente.

3. De cuanto se deja expuesto se colige con claridad que en lo que respecta al problema reseñado y al margen de las diversas formas de razonar sobre la naturaleza de la obligación impuesta a la nueva empresa contratista por el art. 18 del convenio colectivo aplicable, las sentencias comparadas dan soluciones dispares a supuestos sustancialmente coincidentes. Por consiguiente, ha de estimarse que en relación a esa cuestión se cumple el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 219 LRJS, que no quiebra por el hecho de que en la decisión de contraste el actor ostentase la condición de representante de los trabajadores pues esa diferencia incide en los efectos asociados a la estimación de la demanda de despido en lo que se refiere a la titularidad del derecho de opción entre la readmisión y la indemnización pero no a la calificación del acto extintivo ni a la atribución de responsabilidad a una u otra empresa.

4. Procede, por tanto, entrar a examinar el fondo del recurso, sin que pueda acogerse la objeción de orden formal que opone la empresa recurrida. En lo que respecta al tema litigioso previamente reseñado el escrito de formalización del recurso cumple la exigencia que establece el art. 224.1.a) LRJS de realizar una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. En efecto, en el citado escrito se afirma que si bien ambas sentencias coinciden en que la empresa entrante aplicó de manera arbitraria el criterio de selección referido a la valoración del tiempo de prestación de servicios, la referencial considera que ello fue determinante para que el trabajador no superase el proceso de selección, siendo la consecuencia jurídica de no haber sido



escogido la declaración de improcedencia del despido, mientras que la recurrida llega a la conclusión de que de tal irregularidad no se deriva ninguna responsabilidad para la nueva adjudicataria. Se identifica así el concreto punto sobre el que se produce la contradicción alegada con la precisión suficiente para proporcionar a la contraparte y a este Tribunal los elementos de juicios necesarios para pronunciarse al respecto.

SEGUNDO.- 1. El único motivo del recurso que formula la empresa CLECE denuncia de forma conjunta una serie de infracciones que dice cometidas por la sentencia impugnada y se integra por tres submotivos que debieron formalizarse de manera independiente.

2. Por razones lógicas y sistemáticas en el análisis de los títulos de subrogación invocados por la recurrente debemos anteponer el examen del segundo de ellos, en el que se señala como vulnerado el art. 44 ET en sus apartados primero y segundo, al considerar la recurrente que en este caso se ha producido una sucesión de empresa de las reguladas en dicho precepto como consecuencia del cambio en la explotación de la contrata.

Este submotivo no puede prosperar por diversas razones. En primer lugar, nada indicó la empresa al respecto en el escrito de preparación del recurso de casación en el que de acuerdo a lo previsto en el art. 221.2.a) LRJS se deben exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, exigencia que no puede considerarse cumplida con la mera cita genérica y amalgamada del art. 44 ET, sin ulterior desarrollo. En segundo término, en lo que atañe a esta materia, el escrito de interposición del recurso omite de forma total y manifiesta uno de los requisitos establecidos en el art. 224.1 LRJS, cómo es el análisis de los hechos, pretensiones y fundamentos de la sentencia impugnada y la de contraste y de los respectivos pronunciamientos en relación con el mismo. Finalmente, la sentencia de contraste no aplica el art. 44 ET para imputar a la empresa codemandada la responsabilidad por el despido del actor, sino el art. 18 del convenio colectivo sectorial, argumentando que dicho precepto "habla de subrogación respetando los derechos, lo que no puede olvidar ni dejar de cumplir la recurrente", sin que conste haya mediado transmisión patrimonial alguna.

3. La misma suerte adversa corresponde al primer submotivo en el que la recurrente asegura que la sentencia impugnada vulnera los arts. 209 y 305 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el art. 1278 del Código Civil, en la medida en que la propia empresa recurrida, en la oferta para adjudicarse el servicio de gestión 112, bajo el apartado "subrogación del personal" se "obliga a dar continuidad al 90 % de los trabajadores que la actual empresa adjudicataria del servicio tuviese adscritos al servicio objeto de contratación subrogándose en todos los derechos y condiciones que tuvieran contratadas con ella".

En este aspecto no puede apreciarse la contradicción de sentencias que abre la puerta a la decisión del fondo del asunto, porque la sentencia recurrida no aborda la cuestión que ahora se suscita y la "ratio decidendi" de la referencial, como ya se ha dicho, no reside en el contenido del pliego de condiciones y de la oferta realizada por la nueva adjudicataria de hacerse cargo, sino en la forma en que delimitó el factor controvertido y en el deber de subrogación consagrado en el art. 18 de la norma sectorial. Por lo demás, el dato que soporta la tesis recurrente aparece refutado por el contenido del pliego de prescripciones técnicas para la prestación del servicio al que remite el hecho probado segundo de la sentencia impugnada y del que se da noticia en el correlativo de la sentencia referencial, en tanto que lo que se establece en el mismo es que "para la dotación del personal se estará a lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Sector Contact Center (BOE 27/07/2012)". También resulta contradicho por los términos del compromiso asumido por AYESA en la oferta presentada de "dar continuidad al 90% de los trabajadores que la actual empresa adjudicataria del servicio objeto de contratación, subrogándose en todos los derechos y obligaciones que tuvieran contraídos con ellos". De esta declaración puesta en relación con el pliego del concurso se extrae una doble conclusión: a) que la empresa ahora recurrida no se obligó a hacerse cargo automáticamente de todo el personal adscrito a la contrata sino a incorporarlo al proceso de selección para la formación de la plantilla garantizando que el 90 % de la misma estaría formado con trabajadores de la anterior adjudicataria de acuerdo a lo dispuesto en el art. 18 del convenio colectivo de aplicación; b) que, a los trabajadores elegidos conforme a lo previsto en dicho precepto no se les contrataría como personal de nuevo ingreso, sino que se les garantizarían todos sus derechos, subrogándose así AYESA en la posición de empresario, yendo más allá de lo estipulado en la norma convencional que se limita a asegurar el mantenimiento de determinadas condiciones.

TERCERO.- 1. A la hora de dar respuesta al último submotivo de recurso en el que se aduce la infracción del art. 18 del convenio colectivo del sector de Contact Center en relación con el art. 55 ET, hemos de partir de la premisa básica de que, como señala la empresa recurrente sin oposición de la recurrida y se deduce de la documentación a la que remiten las sentencias comparadas, varios de los 12 trabajadores seleccionados por AYESA tenían una antigüedad sensiblemente inferior a la del actor, de forma que si la empresa hubiese aplicado ese factor de selección en atención al "tiempo de prestación de servicios en la campaña", como previene la norma convencional, el demandante en el presente proceso, al igual que el del referencial hubiesen resultado seleccionados, dado el peso que tiene ese factor en la puntuación final.



Junto a esta premisa debe tenerse también en cuenta que, como se ha expuesto, AYESA se comprometió a subrogarse en los derechos y obligaciones del personal de la anterior contrata que resultase elegido, por lo que el proceso de selección no lo fue para llevar a cabo un determinado número de contrataciones "ex novo", desvinculadas de la previas, sino para formalizar una efectiva subrogación de los trabajadores afectos al servicio en el porcentaje marcado, con independencia de cuál fuese la actuación posterior de la nueva adjudicataria.

2. Sobre la base de esos dos particulares e inseparables presupuestos, la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la configuración del factor "antigüedad" aplicado en el proceso de selección contraviniendo el art. 18 de la norma sectorial aplicable, adquiere connotaciones singulares. Para apreciarlas basta señalar que esta Sala en las sentencias de 13 de julio de 2013 (rec. 1377/2012) y 22 de septiembre de 2016 (rec. 1438/2014) ha interpretado el mencionado precepto en el sentido de que no impone la obligación de subrogación de los trabajadores de la anterior contratista por la nueva empresa que asume el servicio y sólo obliga a darles ocupación en los términos que establece previa celebración de un proceso selectivo sujeto a unos determinados criterios de baremación.

En efecto, el problema planteado adquiere una dimensión peculiar y más compleja cuando, como sucede en el presente caso, el incumplimiento por la empresa entrante de los criterios por los que debe regirse la selección del personal de la empresa saliente es expresión de una actuación que entraña un manifiesto fraude de ley tendente a perjudicar a los trabajadores de superior antigüedad en el servicio y determina una injustificada pérdida del derecho que les asiste a conservar su puesto de trabajo y ser subrogados por la nueva adjudicataria en todos sus derechos y obligaciones, incluida la antigüedad adquirida a todos los efectos, conforme al compromiso expreso asumido por la misma.

En la situación descrita, la única forma de garantizar eficazmente de un lado la consecución de la finalidad perseguida por el art. 18 del convenio colectivo sectorial, la vigencia de los principios objetivos de selección que consagra, y el principio de estabilidad en el empleo ínsito en el derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 CE (SSTC 22/1981, de 2 de julio y 192/2003, de 27 de octubre), así como de impedir el fraude de ley que se produciría si se exonerase a la empresa entrante de toda responsabilidad por la pérdida por el actor de un puesto de trabajo que habría conservado con todos sus derechos si la misma hubiese actuado correctamente, y el único modo de garantizar la tutela efectiva del citado derecho constitucional que los tribunales deben dispensar, pasa por el entendimiento de que la no contratación y la consiguiente no subrogación del actor por parte de AYESA como consecuencia de su fraudulento proceder constituye un despido carente de justificación cuyas consecuencias legales debe arrostrar en exclusiva como entendió acertadamente la sentencia de instancia.

CUARTO.- Por todo lo razonado, hay que concluir que la doctrina acertada es la que mantiene la sentencia de contraste. Ello impone, oído el Ministerio Fiscal la estimación del presente recurso, lo que lleva a casar y anular la sentencia impugnada y resolviendo el debate planteado en suplicación, a desestimar el recurso de tal clase y a confirmar la sentencia de instancia, con pérdida de la consignación y depósito constituidos por AYESA para recurrir en suplicación, a los que se dará el destino legal, y abono de los honorarios de los letrados que impugnaron dicho recurso. Sin que proceda imponer las costas del presente recurso a la empresa CLECE a la que se devolverá el depósito y el aval constituidos para recurrir en casación.

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa CLECE S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso de suplicación nº 799/2015 , formulado por la empresa Ayesa Advances Technologies, S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla en autos de despido nº 1279/2013, seguidos a instancia de D. Arturo contra las empresas Ayesa Advances Technologies, S.A., Clece, S.A. y V2 Complementos Auxiliares, S.A.

2º.- Casar y anular dicha sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimar el recurso de tal clase entablado por la entidad Ayesa Advances Technologies, S.A. y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social con pérdida por la empresa condenada en la instancia de la consignación y depósito constituidos para recurrir en suplicación a los que se dará el destino legal, condenándola al pago de los honorarios de impugnación del mencionado recurso.



3º.- Sin que proceda imponer las costas del presente recurso a la empresa CLECE SA a la que se devolverá el depósito y el aval constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ