



Roj: **SAN 3546/2013 - ECLI:ES:AN:2013:3546**

Id Cendoj: **28079240012013100151**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2013**

Nº de Recurso: **242/2012**

Nº de Resolución: **151/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3546/2013,**
STS 474/2015,
AATS 4094/2015

SENTENCIA

En Madrid, a veinticinco de julio de dos mil trece. La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 242/2012seguido por demanda de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, Eloisa , Margarita , Susana , Asunción , Eulalia , Modesta , Marí Jose , Carlota , Guadalupe , Ramona , Adriana Y OTROScontra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIOS DE TELEMARKETING SA SERTEL, ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA, COMISIONES OBRERAS, UGT Y CSIFsobre impugnación de actos administrativos.Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 28-8-12 se presentó demanda por la Confederación General del Trabajo (CGT), contra la Resolución de la Ministra de Empleo y Seguridad Social de 22 de junio de 2012 dictada en recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Empleo dictada en ERE NUM000 de 16 de febrero de 2012, citando como interesados a SERVICIOS DE TELEMARKETING S.A. (SERTEL), ATENTO TELESERVICIOS DE ESPAÑA, CC.OO, UGT y CSIF.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado, y tras las diversas vicisitudes que constan en autos, se señaló el día 11-7-13 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto. **Cuarto .** - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes: CGT se ratificó en el contenido de su demanda, en cuyo suplico solicita 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, por la que se declaró la procedencia de la solicitud de despido colectivo de SERTEL, y se revoquen sus efectos, "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". El sindicato explicó que SERTEL prestaba servicios para ADIF, y fue sucedida por ATENTO, y que 207 de los 247 trabajadores que la primera destinaba a este servicio pasaron a la segunda sin solución de continuidad -porque así lo dispone el art. 18 del Convenio de Contact Center -, habiendo tenido lugar un supuesto de sucesión de empresas conforme al art. 44 ET . En este sentido, expuso que se había producido el traspaso de una parte sustancial de la mano de obra, que la actividad seguía siendo la misma y con idéntica organización, y que también se traspasaron elementos patrimoniales (en concreto sistemas informáticos y máquinas expendedoras de billetes). CGT indicó que el coste salarial del personal traspasado ascendería a 14 millones de euros en cuatro años, mientras que las inversiones que ATENTO había tenido que realizar para atender el servicio alcanzaba el millón de euros. En razón de lo expuesto, el sindicato defendió que el despido se había realizado con fraude de ley, y, subsidiariamente, señaló que no concurría causa para el mismo, puesto que no había excedente de plantilla al pasar los trabajadores a la nueva concesionaria, ni las pérdidas previstas se habían materializado. Finalmente, CGT defendió la existencia de defectos en la tramitación del despido, pues no se habían suministrado las cuentas consolidadas del Grupo Fundosa, al que pertenece SERTEL. Seguidamente intervinieron, adhiriéndose a la demanda, los representantes letrados de Dña. Asunción y otros, Dña. Susana , CSIF, Dña. Eloisa , Dña Margarita , y Dña Eulalia . SERTEL se opuso a la demanda, señalando, en primer lugar, que la parte demandante había realizado una variación sustancial de la demanda, en la que nada se decía sobre fraude por connivencia entre ATENTO y SERTEL, como aquí se había sugerido, ni tampoco sobre la existencia de un grupo de empresas. Igualmente, destacó que los interesados no podían plantear cuestiones distintas de las esgrimidas por la demandante. La empresa defendió que el despido se basaba en causas productivas y organizativas principalmente, no obstante su repercusión económica, y que los sindicatos habían reconocido la concurrencia de una o más de estas causas. Explicó que los ingresos por ADIF representaban el 28,4% de la facturación de la empresa e implicaban al 31,4% de la plantilla, y que la empresa no había conseguido recuperarse tras la pérdida del servicio. ATENTO se opuso a la demanda, negando que hubiera existido una sucesión de empresas. Explicó que había contratado al 66% de los empleados que SERTEL tenía adscritos al servicio de ADIF, y que prestaban servicios en edificios que ya poseía antes de esta contratación. La Abogada del Estado se opuso a la demanda, defendiendo que el art. 18 del Convenio de Contact Center no impone la subrogación del personal y sólo opera en caso de que no sea aplicable el art. 44 ET . Pero, a su juicio, este último precepto no resulta de aplicación, pues ni se ha traspasado el grueso de la plantilla, ni se transmitieron elementos patrimoniales entre las dos concesionarias, a pesar de que el cumplimiento del servicio exige unos medios que ha de poner en juego el contratista. Finalmente, CGT se opuso a la excepción esgrimida por SERTEL sobre la variación sustancial de la demanda, indicando que en la misma sí que se menciona la utilización del art. 51 ET en fraude de ley, así como la existencia de un grupo empresarial. **Quinto** . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes: En la memoria se establece como causa esencial la productiva y organizativa, con repercusión económica. -A finales de agosto de 2011 el contrato con ADIF significaba el 28,4% de la facturación de SERTEL, y el 31,4% de la plantilla. - En el momento del ERE en el sector no había contratos de la entidad económica de ADIF. -La empresa tenía 305 trabajadores con contratos indefinidos asociados al contrato de ADIF. -Se ha reubicado a 70 trabajadores, quedando 235 de producción más 6 de estructura. -CSIF en el período de consultas reconoció la concurrencia de causas productivas. -CGT y UGT discutieron las causas económicas, no las productivas ni organizativas. - Desde la extinción colectiva SERTEL ha perdido contratos por -1,4 millones de euros. -La empresa se ha visto obligada a modificar a la baja contratos ya existentes, como por ejemplo el servicio realizado para la Junta de Andalucía, Renfe Operadora, Vida Caixa, Sanitas, Comunidad de Madrid, por importe de -1,57 millones de euros. -SERTEL se ha presentado a concursos y no le han sido adjudicados contratos que suponían 12 millones de euros. Los que sí se le adjudicaron ascienden a 1,1 millones de euros. -Respecto de los contratos modificados a la baja, la facturación se ha reducido en -1,86 millones de euros. -El importe neto de negocio en 2011 era de 23 millones de euros. -Desde el 2º trimestre de 2012 al 1º de 2013, se redujeron los ingresos: un 18% en el 2º trimestre de 2012, un 21% en el tercer trimestre, un 10% en el 4º trimestre, y un 24% en el 1º trimestre de 2013. -El personal se ha reducido en 28-2-11 de 1120 a 876 empleados. -La disminución se ha producido mes a mes salvo en enero 2013. -A 31-5-13 la plantilla pasó de 876 trabajadores a 787. -Después del ERE no se han contratados trabajadores indefinidos sino eventuales por circunstancias de la producción y por obra y servicio determinado condicionados a seguimientos del cliente. -CSIF y CCOO reconocieron de forma expresa la causa productiva. -SERTEL puso elementos patrimoniales exigidos por ADIF por importe de 2.369.000 euros. -Si no se hubiera realizado el ERE en 2012, se pasaría a pérdidas de 1,9 millones de euros. -Los servicios se prestaron en las instalaciones propias de SERTEL, no del cliente. -El resto de medios materiales de ATENTO supusieron 1 millón de euros a lo que hay que añadir alquileres, costes de los edificios de la propia ATENTO. -Se discute el importe de retribución salarial del personal recontratado por ATENTO. Se consideran hechos pacíficos los siguientes: -Se afectó a 227 trabajadores, de los cuales 221 eran de producción y 6 de estructura.



-Al final del proceso, SERTEL ofertó una indemnización de 25 días de salarios sin tope y recolocación. -ATENTO contrató a 207 trabajadores. -El importe neto de negocio en 2012 era 20,2 millones de euros. - Ningún elemento patrimonial de SERTEL ha pasado a ATENTO. -ATENTO utiliza sus medios materiales para dar servicio a ADIF. ADIF sólo pone dos medios materiales: las aplicaciones propias del servicio e impresoras. -Ambas empresas se reunieron para tratar la recolocación vía art. 18 del Convenio de Contact Center .

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- 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. **SEGUNDO** . - 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. **TERCERO** .- 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. **CUARTO** .- 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." **QUINTO** .- 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." **SEXTO** . - 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. **SÉPTIMO** . - 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. **OCTAVO** . - 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.

NOVENO . - Los medios materiales con los que SERTEL atendía la campaña de ADIF, no se pasaron a ATENTO.

DÉCIMO . - 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.

UNDÉCIMO . - 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. **DUODÉCIMO** . - 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.2 y 2.s de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.



SEGUNDO . - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

-El primero, el segundo, el cuarto, el quinto, el sexto, el séptimo, el octavo, el noveno, el décimo y el undécimo, constituyen hechos probados de la SAN 14-2-13 (proc. 345/2012), que no ha sido recurrida. -El tercero se deduce de las correspondientes actas e informe, que obran como documento 7 del Expediente administrativo. -En relación con el hecho séptimo, el número de afectados y su naturaleza no fue controvertido, y la desestimación del recurso de alzada se observa en el documento 1 adjunto a la demanda de CGT (descripción 2 de autos). -En el hecho undécimo, no fue controvertida la utilización de ATENTO de sus propios medios y los suministrados por ADIF. La prestación del servicio desde instalaciones de ATENTO fue confirmada por Dña. Julia , que testificó a propuesta de CGT. -El duodécimo, en cuanto a los resultados de explotación previos y previstos, se extrae del informe técnico que obra en el documento 3 del Expediente administrativo. El porcentaje de plantilla de SERTEL adscrito a la campaña ADIF consta en el documento 10 de SERTEL (descripción 119 de autos), que fue reconocido de contrario y se apoya en la Memoria y el Informe Técnico, sin que la parte actora acreditara la imprecisión del dato. La causa económica alegada por la empresa para justificar el despido consta en la Memoria que obra en documento 1.1 del Expediente. Las oscilaciones contractuales en función de contratos temporales se deducen del documento 1 del ramo de prueba de SERTEL (descripción 110 de autos), reconocido de contrario y avalado por el testimonio de D. Amadeo , que depuso a propuesta de la citada empresa. Los restantes extremos del hecho probado se extraen del documento 12 del ramo de prueba de SERTEL (descripción 98 de autos), que fue ratificado por su autor y reconocido de adverso. Además, el porcentaje de facturación que representaba ADIF fue confirmado por D. Emilio , también testigo de SERTEL.

TERCERO . - La parte actora citó como interesados en su demanda a las empresas que se opusieron a la misma, así como a CSIF, que, en cambio, optó por adherirse a la demanda. Igualmente, se personaron para adherirse los trabajadores afectados por el despido que constan en los antecedentes de hecho de este pronunciamiento. La Sala no considera los hechos, alegaciones y causas de pedir mantenidas por los interesados que se adhirieron a la demanda rectora de autos, que no estuvieran ya subsumidos en la misma, en la línea que ha venido expresando, entre otras, en su sentencia de 4-7-13 (proc. 169/2013), puesto que si lo hiciera de otro modo estaría consintiendo una variación sustancial de la única demanda existente, lo que provocaría manifiesta indefensión a la parte demandada. Por ello, no pueden ser tenidas en cuenta, entre otras, las afirmaciones vertidas, tanto por algunos de los interesados como por la propia CGT en el acto del juicio, sobre presunta connivencia entre las sucesivas empresas contratistas de ADIF para valerse de la utilización fraudulenta del art. 51 ET .

CUARTO . - En cambio, no coincidimos con SERTEL en que las alegaciones efectuadas por CGT respecto de la falta de aportación de las cuentas consolidadas del grupo al que pertenece la mercantil, supongan una variación sustancial de la demanda, porque de ningún modo puede causarle indefensión semejante consideración, teniendo en cuenta que en la demanda se afirma que no se aportaron las cuentas de las demás sociedades del grupo, con las que SERTEL tendría saldos deudores y acreedores. Ahora bien, tampoco podemos admitir esta reclamación de la parte actora, porque no ha acreditado, a pesar de que así le competía, la existencia de esos saldos deudores y acreedores ni la dedicación a una misma actividad o sector, que son los requisitos exigidos por el entonces vigente art. 6.4 del RD 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.

QUINTO . - Como consta en el hecho probado sexto, la Resolución que ahora se impugna es consecuencia de que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social estimara parcialmente el recurso de alzada interpuesto en su momento por SERTEL, y, anulando la previa Resolución de la Dirección General de Trabajo, ordenara la retroacción de actuaciones para que la autoridad laboral volviera a pronunciarse, autorizando o no los despidos. Semejante decisión del Ministerio fue impugnada por CGT, y la Sala desestimó la demanda, confirmando la Resolución en su sentencia de 14-2-13 (proc. 345/2012), que no ha sido recurrida. Sin embargo, en esta nueva impugnación CGT insiste en que el Ministerio no debería haber retrotraído actuaciones sino que tendría que haberse pronunciado sobre el fondo directamente, a lo que sólo cabe contestar que se trata de cosa juzgada.

SEXTO . - El art. 51 ET vigente al tiempo de los hechos establecía lo siguiente: "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Se entiende que concurren (...) causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de



los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda." El Expediente de Regulación de Empleo instado por SERTEL tuvo su razón de ser en la pérdida de ADIF como su principal cliente, que suponía el 31,9% del importe neto de la cifra de negocio en 2010 y el 24% en 2011, y que daba ocupación al 31,4% del personal de la empresa. Se acreditó una razonable previsión de disminución de ingresos a raíz de tal circunstancia, como ahora se comprueba que, en efecto, ha sucedido, así como la consecuente necesidad de reajustar plantilla. Incluso dando por bueno que la previsión de pérdidas puesta sobre la mesa pudiera ser discutible, de lo que no hay duda es de la concurrencia de causa productiva y organizativa. Tan razonables eran los efectos productivos de la pérdida de ADIF, que fueron admitidos en el período de consultas por los economistas consultados por CCOO, así como también por CSIF, mientras que UGT reconoció existente la causa organizativa. Lo único que fue realmente discutido por todos es que la situación económica de la empresa le impidiera asumir indemnizaciones extintivas de mayor cuantía. Por si quedara alguna duda, conviene recordar que el Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho que, "respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS 14-6-1996, rec. 3099/1995 ; STS 7-6-2007 , citada)" (STS 8-7-11, rec. 3159/2010).

SÉPTIMO .- No obstante lo anterior, lo que debemos dilucidar es si estos datos se han de ver matizados por la existencia de una sucesión de empresas entre SERTEL y ATENTO, puesto que, de ser así, quedaría seriamente entredicho la razonabilidad de las extinciones para contribuir a prevenir la evolución negativa de la empresa o mejorar su situación a través de una más adecuada organización de los recursos según las exigencias de la demanda, tal como acabamos de ver que requería el art. 51 ET para entender justificado el despido. En este sentido, en la demanda se combina lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo aplicable, con la doctrina sobre sucesión de plantillas relativa al art. 44 ET . El art. 18 del Convenio establecía lo siguiente, sobre "Cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros": "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 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." A los efectos que aquí interesan, procede subrayar que lo que este precepto convencional establece no es la sucesión entre contratistas a los efectos del personal, sino una garantía de empleo para este último que pesa sobre la nueva adjudicataria. Nótese que lo que se regula es en qué condiciones se ha "CONTRATAR a los trabajadores que han de integrar la NUEVA PLANTILLA", y que ni siquiera impone la contratación automática de todos o la mayoría de quienes ya vinieran prestando servicios en la contratista anterior, sino que, por el contrario, lo único que indica es que el 90% de la nueva plantilla ha de estar integrada por la parte de dicho personal que llevara trabajando en la campaña durante más de doce meses. Abunda en esta idea de que no estamos ante un supuesto de sucesión de empresas, el que se admita, contrario sensu, la posibilidad de que la adjudicataria establezca un período de prueba para "la nueva contratación de aquel personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña" durante un año o menos. En coherencia con esta disposición convencional, ATENTO contrató por obra o servicio determinado a la mayor parte de los trabajadores que habían prestado servicios para SERTEL en la campaña de ADIF y que así lo consintieron, sin que del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 18 Convenio Colectivo quepa deducir una sucesión de empresas con los efectos previstos por el art. 44 ET . **OCTAVO** .- El Tribunal Supremo ha aclarado que el art. 18 del Convenio no desplaza el régimen de derecho necesario establecido en el art. 44 ET , de modo que sólo opera si no concurren los presupuestos para que estemos, precisamente, ante una sucesión de empresas: "Si bien el artículo 18 del Convenio Colectivo del sector de Contact Center contiene una alusión a 'tiempo y formación consolidadas' que deben respetarse 'a los únicos efectos de la promoción profesional', ello no tiene "nada que ver con la antigüedad en general sino con el tema exclusivo de los ascensos. Pero si alguien pudiera interpretar que con esa mención se está excluyendo el alcance de la subrogación impuesta por el artículo 44 del ET , es jurídicamente evidente que tal interpretación llevaría a la nulidad y, en todo caso, a la inaplicación de dicha cláusula convencional por contradecir lo establecido en un precepto de derecho necesario absoluto como es el artículo 44 del ET " (SSTS 15-4-11, rcud. 3726/10 , 23-12-11, rcud. 1334/11). Por tanto, es hora de despejar si en el paso de la campaña de SERTEL a ATENTO se han dado los requisitos necesarios para entender existente una sucesión empresarial enmarcada, con todos sus efectos, en el art. 44 ET . Recuérdese que el precepto estatutario establece que "1. 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, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. 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 accesorio". Constituye jurisprudencia consolidada que, para que resulte de aplicación el art. 44 ET , han de concurrir dos elementos o requisitos, uno subjetivo y otro objetivo, consistentes, respectivamente, "en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial - por todas SSTS 3-10-1998 Rec. -5067/97), 15-4-1999 Rec. - 734/98), 25-2- 02 Rec. -4293/00), 19-6-02 Rec. -4225/00), 12-12-2002 Rec. -764/02), 11-3-2003 (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores" (SSTS 23-11-04, rcud 6432/2003 ; 5-6-13, rcud 988/2012). No obstante, tal como defiende CGT, el TJUE introdujo un matiz respecto del elemento objetivo en relación con las empresas de servicios, que luego fue acogido por el Tribunal Supremo. En concreto, en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 11-3-97 (caso Süzen), se dijo 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 la STS 27-10-04 (rec. 899/2002), se asume esta doctrina comunitaria, tal como se perfiló en la STJUE 10-12-98 , según la cual "dicha entidad si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción." En igual dirección se pronuncia la sentencia de 2 de diciembre de 1999 (asunto C- 234/98), Asunto Allen y la sentencia de 24 de enero de 2002, asunto Temco Service e Industries, S.A. (C- 151/2000). Más recientemente, el Tribunal



Supremo ha mantenido que "el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 -rcud 702/93 -; 29/12/97 -rec. 1745/97 -; ... 10/07/00 -rec. 923/99 -; 18/09/00 -rec. 2281/99 -; y 11/05/01 -rec. 4206/00 -). Porque en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 -)". [STS 10-6-13, rcud. 2208/12 , citando, entre otras, SSTS 20-11-2012 (rcud. 3900/2011) , 19-9-2012 (rec. 3056/2011)]. Nótese que tanto el TJUE como el TS admiten que pueda existir sucesión de empresas sin transmisión de elementos patrimoniales, tan solo con la transmisión de la mano de obra como entidad económica, pero exigen, para que opere esta circunstancia excepcional, que la entidad que se transmite revista suficiente estructuración y autonomía, y que no existan otros factores de producción. Es decir, debemos estar ante una actividad susceptible de explotación o gestión separada, que funcione sin necesidad de una transmisión de elementos patrimoniales. En el caso que nos ocupa no hay traspaso de elementos patrimoniales, puesto que los medios materiales con los que SERTEL atendía la campaña de ADIF no se pasaron a ATENTO, y esta última cuenta con sus propias infraestructuras para prestar el servicio, a salvo de las aplicaciones e impresoras que proporciona ADIF, que en sí mismas tampoco son suficientes para el desarrollo de la actividad de telemarketing. Ello se deduce con toda claridad del hecho de que la adjudicataria haya de disponer de tres plataformas en sitios geográficos precisos, sistemas y líneas de telefonía, terminales, sistemas de comunicaciones, y medios informáticos, un número determinado de puestos con hardware y software, cuentas de correo, impresoras, faxes y escaners. Todo esto es lo que pone en juego ATENTO, sin que se le haya traspasado por SERTEL ni proporcionado por ADIF. En definitiva, siendo cierto que una parte importante de la plantilla de SERTEL destinada a la campaña de ADIF se integró en la plantilla de ATENTO -como imponía el art. 18 del Convenio de Contact Center - es también un dato fáctico incontestable que la mano de obra por sí misma no constituye la unidad económica organizada y autosuficiente para la prestación del servicio, sino que requiere de una cantidad importante de medios técnicos que no fueron traspasados. Así pues, no se ha transmitido la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de modo que no puede hablarse de una sucesión de empresas en los términos del art. 44 ET , ni siquiera por la vía excepcional de la sucesión de plantillas. De este modo lo entendió también el TSJ de Madrid, en su sentencia de 14-7-08 (rec. 2089/2008) , en un caso en el que ATENTO asumía la campaña que previamente había tenido adjudicada otra empresa: "Es diáfano que no estamos ante una sucesión del art. 44 del ET , 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 es dable deducir estemos ante una sucesión de plantillas, tal como lo viene entendiendo la jurisprudencia del TJCE, en que se apoya la empresa recurrente, ya que el hecho de que parte de los trabajadores de la empresa saliente estén prestando servicios en la nueva contratista entrante lo es, por aplicación del art. 18 del Convenio Colectivo de Telemarketing , como incorporación de todo el personal de la plantilla correspondiente al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla". Distinto sería el caso, también conocido por el TSJ de Madrid (sentencia 13-11-09, rec. 4324/2009) , en que la nueva adjudicataria del servicio de telemarketing, además de asumir la mayor parte de la plantilla de su predecesora en virtud del art. 18 del Convenio, es provista por la empresa contratante de los correspondientes equipos informáticos dotados de software, equipos de telefónica y elementos auxiliares de mobiliario, soporte o infraestructura básica, prestando su servicio en el mismo local y ámbito espacial, y con la misma equipación que empleaba la anterior adjudicataria, que es una plataforma tecnológica de call center que antes y ahora proporciona la contratante. Al coincidir los medios organizativos y productivos utilizados por la anterior empresa contratista saliente y los que emplea la nueva contratista, el Tribunal considera que existe una sucesión de empresas, prevaleciendo el artículo 44 del ET , como fuente normativa superior y norma de derecho necesario, a la del artículo 18 del Convenio, que únicamente entraría en juego de no haberse dado los presupuestos de aquel precepto. Pero nada de esto ocurre en nuestro caso. En razón de lo expuesto, no concurre el supuesto de sucesión de empresas previsto en el art. 44 ET , ni el art. 18 del Convenio de aplicación lo impone tampoco, de modo que no queda mermada la proporcionalidad de las causas justificativas alegadas para el despido colectivo autorizado. Consecuentemente, ha de desestimarse la demanda y confirmar la resolución administrativa impugnada.



Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos la demanda de impugnación de actos administrativos interpuesta por CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, Eloisa , Margarita , Susana , Asunción , Eulalia , Modesta , Marí Jose , Carlota , Guadalupe , Ramona , Adriana 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.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000242 12. Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.