



Roj: **STSJ CANT 1117/2014 - ECLI:ES:Tsjcant:2014:1117**

Id Cendoj: **39075340012014100681**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2014**

Nº de Recurso: **698/2014**

Nº de Resolución: **774/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000774/2014

En Santander, a 5 de noviembre de 2014.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ (PONENTE)

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

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Fermina contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D^a. Fermina siendo demandada ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 2 de Julio de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

1º.- La actora presta sus servicios para la Empresa demandada con la categoría profesional de Gestor Telefónico, y un salario diario de 40,44 incluido el prorrateo de Pagas Extraordinarias.

La actora comenzó a prestar servicios con fecha 18/07/2005 para la empresa SERVICIOS DE TELEMARKETING, S.A. pasando sin solución de continuidad con fecha 01/12/2010 a la empresa UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS, S.A. pasando con fecha 1/02/2014 a la empresa demandada ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA. S.A.

En todas las empresas la prestación de servicios consistía en la atención telefónica para el departamento comercial de EON.

La actora fue objeto de una entrevista por parte de ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A., en atención a lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo- indiscutido-.



2º.- La actora ha recibido carta de fecha 23 de Abril de 2014 por la que se le comunica el Despido Disciplinario con efectos al día 23 de Abril de 2014.

El contenido de la carta obra al folio cuatro de las actuaciones, y su contenido se tiene por reproducido íntegramente.

3º.- El 90% de los trabajadores de UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A. ha sido subrogado por ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.

4º.- ATENTO tiene sus propios teléfonos y ordenadores, y un centro de trabajo propio distinto del de UNITONO.

5º.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa o delegado sindical.

6º.- Se celebró el acto de conciliación, que resultó intentada sin avenencia.

TERCERO.- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que, **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda formulada por D/Dª. Fermina contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A. **DEBO DECLARAR Y DECLARO** el despido causado a la actora el día **23 de abril de 2014** como **IMPROCEDENTE**, y en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la empresa demandada a que, a su elección, readmita en su puesto de trabajo a la demandante en idénticas condiciones a las que regían antes del despido, o le abone la suma de **296 euros** en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta sentencia, por escrito o comparecencia en la Secretaría de este Juzgado de lo Social, entendiéndose que de no hacerlo opta por la readmisión; condenando asimismo a la empresa, en caso de que opte por la readmisión, a pagar a la demandante los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 40'44 euros diarios.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante esta Oficina Judicial en el plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra ésta se pueda interponer. Caso de no ejercitar la misma, se entenderá que el demandado opta por la readmisión. "

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La trabajadora se alza frente a la sentencia dictada en la instancia, que ha estimado en parte su demanda de despido.

La sentencia recurrida declara la improcedencia de su despido, pero fija la antigüedad en la fecha de contratación de la empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. (1-2-2014).

Aplicando la doctrina unificada (STS de 15-7-2013) considera que no se ha producido una sucesión de empresas legal, por lo que, como quiera que el artículo 18 del convenio colectivo del sector de "contact center" no impone la sucesión convencional, fija la antigüedad a efectos de la indemnización por despido improcedente, desde la fecha de contratación de la nueva adjudicataria del servicio de "contact center" de la empresa EON DISTRIBUCIÓN.

Con amparo en el artículo 193 c) LRJS denuncia la infracción del contenido del artículo 44 ET , en relación al artículo 18 del convenio colectivo del sector de "contact center" (12 de julio de 2012).

En términos generales, la recurrente sostiene que se ha producido una subrogación en sentido legal, al concurrir los requisitos del artículo 44 ET .

En concreto, alega que resulta aplicable la teoría de la sucesión de plantillas, ya que la actividad a desarrollar descansa fundamentalmente en la mano de obra y que para excluir la relevancia del factor humano sería necesario acreditar que las labores encomendadas a la nueva adjudicataria del servicio pueden realizarse sin formación previa.

Por otro lado, considera que no es aplicable la doctrina derivada de la STS de 15-7-2013 (Rec. 1377/2012), dado que en la misma sólo se analiza tangencialmente la existencia de sucesión empresarial.

En primer lugar, como ya razonamos en nuestras previas sentencias de fecha 9-10-14 y 30-10-2014 (Rec. 639/2014 y 660/2014) es necesario puntualizar que la subrogación convencional y la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores son supuestos distintos. Cada una de ellas cuenta con una regulación propia. Por tanto, pueden existir supuestos de subrogación legal del artículo 44 ET totalmente



ajenos a la subrogación convencional. En tales casos, la situación se regirá única y exclusivamente por la normativa legal.

No obstante, existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas. En tales casos la relación entre la norma legal y la convencional se rige por las previsiones del artículo 3 ET . El convenio colectivo puede mejorar el marco legal en beneficio de los trabajadores, pero no puede reducir los derechos y garantías de éstos por debajo de ese mínimo legal.

Por consiguiente, una vez que a la vista de las circunstancias nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas, se impone la transmisión de la relación jurídico laboral por imperativo legal y la misma no puede ser excluida por el convenio colectivo.

Esto nos lleva a analizar, en primer lugar, si en este caso se ha producido una sucesión del artículo 44 ET .

En cuanto a la existencia de sucesión de empresas, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET , es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular.

Uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe de forma efectiva la explotación o que se reanude (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-3-1997, caso Süzen).

La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (S Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-9-1995, caso Rygaard).

De este modo, el concepto de entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio (S Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 11-3-1997).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, entre las cuales se encuentra el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. La transmisión o no elementos materiales como edificios y otros bienes muebles. El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. Que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. Que se haya transmitido o no la clientela. Finalmente, deberá analizarse el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-5-1992 (Redmond Stichting, asunto C-29/1991), entre las circunstancias que han de considerarse se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar del hecho de que se trate de una actividad esencialmente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos sea coincidente.

Debe considerarse, en cualquier caso, que los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc., son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 18-3-1986 y 11-3-1987).

Por otro lado, la denominada "sucesión de plantilla" ha sido admitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27-10-2004 (Rec. 899/2003), seguida por las SSTs de 4-4-2005 (Rec. 2423/2003), 29-5-2008 (Rec. 3617/2006), 28-4-2009 (Rec. 4614/2007), 23-10-2009 (Rec. 2684/2008), 7-12-2009 (Rec. 2686/2008), 7-12-2011 (Rec. 4665/2010), 13-6-2013 (RJ 2013/5724), 20-11-2012 (Rec. 3900/2011), 19-9-2012 (Rec. 3056/2011), entre otras.

Se admite la existencia de sucesión del artículo 44 ET , como "sucesión de plantillas", en la STS 27-6-2008 (Rec. 4773/2006), para la actividad de limpieza y mantenimiento. El hecho de que la empresa se haya hecho cargo de buena parte de la plantilla determina que pueda considerarse como una unidad económica independiente, aunque no haya habido transmisión patrimonial alguna y exista una falta de coincidencia del objeto social y de la actividad de la contratada.

Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores como el de la STS de 28-2-2013 (Rec. 542/2012), para actividades de seguridad, o la STS de 5-3-2013 (Rec. 3984/2011). En esta última se recuerda la jurisprudencia actual, que modificó en parte, la precedente. Tradicionalmente, se exigía que el objeto de la transmisión fuera



un conjunto organizado de personas y elementos que permitiese el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio.

Ahora bien, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto organizado de trabajadores, que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, puede considerarse como una unidad productiva autónoma, sin necesidad de transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario y sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

Esta sentencia declara que esta doctrina es aplicable a supuestos en los que se produce una sucesión de contrataciones o adjudicaciones y la empresa entrante ha incorporado al desempeño de los servicios una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente, en una actividad en la que es principal la mano de obra.

Por tanto, la sucesión de contrataciones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de los siguientes elementos.

La empresa entrante sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades por cuenta de un tercero.

Los servicios o actividades han de ser sustancialmente iguales.

La nueva adjudicataria ha de incorporar al desempeño de los servicios a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la anterior y el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata ha de ser la "mano de obra" organizada.

No habrá sucesión, en los términos del artículo 44 ET cuando concurren tales requisitos. Entonces deberá verificarse si cabe aplicar una sucesión convencional o no. Así lo dispone la reciente STS de 25-2-2014 (Rec. 646/2013), al afirmar que en las contrataciones sucesivas de servicios en las que no se transmite una unidad productiva autónoma, "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 -)...".

En los casos en los que concurra una sucesión de plantilla, la consecuencia es que la empresa sucesora no puede dejar de subrogar los contratos de parte de los trabajadores. Si se ha producido una sucesión en el sentido establecido por el artículo 44 ET , la sucesora pasa a ser, en virtud de disposición legal, empleadora de todos los trabajadores adscritos a la unidad productiva traspasada. La negativa a reconocer la vigencia de la relación laboral con alguno de ellos configura un despido al margen de la legalidad, que podrá calificarse como improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes.

De este modo, si la empresa sucesora estima que por razones productivas, organizativas o de otra clase no necesita a toda la plantilla de la unidad productiva, deberá proceder a la extinción de los contratos por las vías previstas en la normativa para ello, pero no puede negar la sucesión de empresas.

En el presente caso no estamos ante una actividad basada esencialmente en la mano de obra.

Se trata de una actividad de "contact center" en la que adquiere singular relevancia el elemento material, pues con independencia del factor humano, lo cierto es que el desempeño del servicio contratado depende casi de forma exclusiva de los medios materiales con los que se ejecuta (teléfonos, aparatos informáticos, etc...).

Así se ha afirmado en la STS de 15-7-2013 (Rec. 1377/2012), que estableció que para que pueda apreciarse una sucesión legal en este tipo de actividad es necesario que se haya transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo la actividad económica. La asunción de todo o parte de la plantilla no es un elemento esencial a considerar, pues la misma es fruto del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la norma convencional aplicable, que no impone la subrogación, sino que sólo establece la necesidad de que los trabajadores participen en el proceso de selección de la nueva adjudicataria del servicio. Razona además el Tribunal Supremo que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva, lo que determina que no sea aplicable la doctrina de la sucesión de plantillas a casos como el examinado, en el que la nueva contratista no se había limitado a continuar la actividad de la anterior, asumiendo la plantilla sino que había puesto su propias instalaciones y medios técnicos, así como el denominado "know how" (saber hacer como empresa).

De este modo, los elementos a considerar, conforme al inmodificado relato fáctico de la sentencia recurrida, son los siguientes.



En primer lugar, la actividad desplegada por la empresa saliente continúa desarrollándose por la entrante.

Su desarrollo no se produce en las mismas instalaciones que la anterior sino en un centro de trabajo distinto (hecho probado cuarto).

Consta que la nueva adjudicataria dispone de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad, pues tiene sus propios ordenadores y teléfonos -hecho cuarto-.

Finalmente, no existe constancia de que entre ambas empresas haya existido acuerdo alguno sobre la transmisión de la actividad o de los medios materiales con los que la anterior desarrollaba el servicio.

Por tanto, a luz de los referidos datos fácticos resulta claro que no ha existido una transmisión de un conjunto de medios materiales organizados.

La nueva adjudicataria ha aportado sus propias instalaciones y medios materiales para el desarrollo de la actividad. Dispone de los elementos materiales indispensables para ello y el servicio se presta en un centro de trabajo diferente.

Como ya se apuntó, no existe constancia de pactos entre las partes sobre la transmisión de la actividad o de los medios materiales.

Por ello, el hecho de que una buena parte de la plantilla de la anterior haya sido contratada por la nueva adjudicataria, carece de relevancia. De acuerdo con la doctrina unificada antes citada, la asunción de dicha plantilla ha derivado de la necesidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo aplicable.

En definitiva, no nos encontramos ante un supuesto de sucesión legal de empresas.

Frente a ello, ninguna relevancia tiene el pronunciamiento del TSJ de Cataluña, Sentencia de 29-1-2014, que se cita en el escrito del recurso, pues con independencia del respeto que nos merecen los pronunciamientos de otros TSJ, lo cierto es que no constituyen doctrina legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil. Además, otras Salas de lo Social se han pronunciado en sentido contrario, aplicando la doctrina derivada de la STS de 15-7-2013 (Rec. 1377/2012). Destacan, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 31-3-2014 (Rec. 1516/2012), 10-2-2014 (Rec. 1953/2012), 24-2-2014 (Rec. 1404/2012) o 20-12-2013 (Rec. 1573/2013).

Por ello, el recurso de la actora debe ser desestimado, con la consecuente confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

No procede efectuar expresa condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por D^a. Fermina, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander, de fecha 2-7-2014 (proceso nº 335/2014), confirmando la misma en su integridad.

Sin costas.

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

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

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

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