



Roj: **STSJ AND 1144/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:1144**

Id Cendoj: **41091340012016100342**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2016**

Nº de Recurso: **215/2015**

Nº de Resolución: **376/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 215/15 S Sentencia nº **376/2016**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a diez de febrero de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY , ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 376/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por SERVIFORM S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Sevilla, en sus autos núm.1085/13, ha sido Ponente la lltma. Srª. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Dª Bernarda otros, contra Serviform S.A., Balidea Consulting&Programmin S.L., sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 2 de octubre de 2,014 por el referido Juzgado, con estimación de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

1º) Los demandantes, Bernarda , Julia , Plácido , Anselmo y Elias venían prestando sus servicios retribuidos con carácter indefinido para la demandada SERVIFORM, S.A. en el centro de trabajo sito en calle manufactura nº 11 de Mairena del Aljarafe, la demandante Bernarda como coordinadora y los demás como teleoperadores especialistas, y antigüedades reconocidas desde el 15.07.2004, 01.10.2004, 11.01.2005, 10.02.2010 y 11.02.2010 respectivamente.

2º) Los demandantes venían realizando las siguientes jornadas y horarios de trabajo:

2.1.- Bernarda : Jornada completa de 40 horas semanales, en horario de lunes a viernes de 09:00 a 15:00 y de 17:00 a 19:00 horas.

2.2.- Julia : Jornada parcial de 37 horas semanales, en horario de lunes a jueves de 09:00 a 14:00 y de 15:00 a 18:00 horas, y los viernes de 09:00 a 14:00 horas.



2.3.- Plácido : Jornada completa de 39 horas semanales, en horario de lunes a miércoles de 08:00 a 16:00 y jueves y viernes en horario de 08:00 a 15:30 horas.

2.4.- Anselmo : Jornada completa de 39 horas semanales, en horario de lunes a jueves de 09:00 a 14:00 y de 15:00 a 18:00 horas, y viernes en horario de 09:00 a 16:00 horas.

2.5.- Elias : Jornada completa de 39 horas semanales, en horario de lunes a jueves de 08:00 a 16:00 y viernes en horario de 08:00 a 15:00 horas.

3º) Los demandantes venían percibiendo sus retribuciones los días 30 de cada mes por transferencia bancaria, si bien últimamente se les había pagado por cheque. Las retribuciones mensuales brutas que percibían eran las siguientes:

3.1.- Bernarda : 1.077,74 euros de salario base, más 179,62 euros de prorrata de pagas extras, más incentivos en cantidad variable, habiendo percibido en el año anterior al despido la suma total de 434,89 euros.

3.2.- Julia : 933,00 euros de salario base, más 155,40 euros de prorrata de pagas extras.

3.3.- Plácido : 983,44 euros de salario base, más 163,91 euros de prorrata de pagas extras.

3.4.- Anselmo : 983,44 euros de salario base, más 163,91 euros de prorrata de pagas extras, más incentivos en cantidad variable, habiendo percibido en el año anterior al despido la suma total de 35,35 euros.

3.5.- Elias : 983,40 euros de salario base, más 163,80 euros de prorrata de pagas extras.

4º) Los demandantes Bernarda , Julia , y Plácido atendían tanto al servicio de gestión y atención al usuario del IMSERSO como a otros servicios contratados con Servinform, tales como LoMónaco, cita previa del DNI-Pasaporte; Agencia Tributaria, etc. Los demandantes Anselmo y Elias estaban adscritos al servicio de gestión y atención al usuario del IMSERSO, habiendo realizado esporádicamente atención a otros servicios o clientes, y en concreto:

- Anselmo atendió en 2012 un total de 15.523 llamadas del Imsero, 0 llamadas de Lomonaco y 0 llamadas de Cita DNI y pasaporte; y en 2013 atendió 12.407 llamadas del Imsero, 7 llamadas de Lomonaco y 25 llamadas de Cita DNI y pasaporte (doc. nº 18 ramo Servinform).

- Elias atendió en 2012 un total de 10.429 llamadas del Imsero, y 291 llamadas de Inagra; y en 2013 atendió 5.167 llamadas del Imsero, y 113 llamadas de Inagra (doc. nº 18 ramo Servinform).

5º) Se da por reproducido el pliego de prescripciones técnicas de la contrata del servicio de gestión y atención al usuario del IMSERSO, (doc. nº 1 ramo Balidea) de 2009 que ejecutaba SERVIFORM.

6º) El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad adjudicó a la codemandada BALIDEA CONSULTING AND PROGRAMING, S.L. el Servicio de Gestión y Atención al Usuario del IMSERSO (procedimiento abierto nº 32/12) que entró a ejecutarlo a partir del 01.09.2013, cuyas cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas del servicio se han aportado como documental y se dan por reproducidas (docs. 4,5 y 6 ramo Servinform y doc. nº 2 ramo Balidea).

7º) Con fecha 08.08.2013 BALIDEA requirió a SERVIFORM y ésta remitió a aquella listado de personal que prestaba el servicio de atención al usuario del IMSERSO, indicándole que de los 88 trabajadores que se encontraban adscritos al servicio del IMSERSO, 40 fueron recolocados por Servinform en otros servicios, a 30 se les extinguió la relación laboral y les enviaban la lista de los 18 restantes que entendía debían pasar a Balidea. Ambas codemandadas se cruzaron posteriores correos discrepando sobre la procedencia de la subrogación de trabajadores (docs. 8 a 11 ramo Servinform y conjunto documental nº 8 ramo Balidea).

8º) El día 12.08.2013 la demandada SERVIFORM notificó por escrito a los demandantes (excepto a Julia) lo siguiente:

"En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , mediante el presente escrito, le comunicamos que a partir del próximo día 1 de septiembre de 2013 , se hará cargo la empresa BALIDEA CONSULTING&PROGRAMING, S.L., quien se subrogará en la relación laboral que usted mantiene con SERVIFORM SA pasando a partir de esa fecha a la plantilla de la mercantil citada, conservando sus actuales condiciones de trabajo, categoría, antigüedad, etc.

*Para poder Balidea iniciar el proceso de arranque y dar continuidad al servicio, es preciso que cuanto antes contacte con las señoritas Estrella o Pura en el teléfono 981*****.*

*También puede contactar con ellos a través de e mail ***.***@balidea.com, o por correo: Balidea Consulting & Programing, S.L Calle os camiños da vida s/n, 15705 Santiago de Compostela (La Coruña)*



Mientras tanto, con el ruego de que firme el recibí de la presente, a los efectos de su notificación, le saluda atentamente

LA DIRECCIÓN".

9º) A la anterior, contestaron los demandantes por escritos fechados el 19 y 20 de agosto siguientes en los que se venía a decir lo siguiente:

"Una vez analizada la situación... le comunico que no existe sucesión de empresa alguna de las contempladas en el citado artículo, por lo que no procede la subrogación pretendida por su parte en mi contrato de trabajo.

Por ello, si el próximo día 1 de septiembre, o el siguiente laborable, no se me permite continuar con la prestación de mis servicios en mi actual puesto de trabajo, entenderé que su empresa ha decidido la extinción unilateral y sin causa del contrato de trabajo que tenemos suscrito, y por ello, iniciaré las acciones oportunas para impugnar lo que supone mi despido por su parte".

10º) Llegado el día 01.09.2013 se personaron los demandantes en el centro de trabajo, no siendo admitidos al mismo y entregándoseles documento de finiquito y certificado de empresa para gestionar la prestación por desempleo.

11º) A mediados de agosto de 2013 la codemandada BALIDEA remitió burofaxes a veintidós trabajadores de Servinform adscritos al servicio del Imsero, entre ellos los cinco ahora demandantes, en los que los convocaba a participar en el proceso selectivo respecto del concurso "servicio de gestión y atención telefónica a usuarios del IMSERSO" citándolos al efecto para que comparecieran en el día y hora que se les indicaba en sus instalaciones sitas en Santiago de Compostela cuya dirección les facilitaba, a la vez que les requería para que remitiesen un correo electrónico a ciertas direcciones confirmando su intención de participar en dicho proceso con la advertencia de que, caso de no contestar entendería que declinaban el ofrecimiento (conjunto documental nº 4 ramo Balidea).

12º) De los demandantes convocados a dicho proceso selectivo, Plácido y Anselmo no contestaron; en tanto que Bernarda , Julia , y Elias remitieron escrito en el que venían a manifestar que no iban a participar en proceso selectivo alguno por entender que, si había subrogación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , quedarían subrogados sin necesidad de tal proceso y, si no existe subrogación, tampoco deberían participar al seguir formando parte de la plantilla de Servinform (conjunto documental nº 4 ramo Balidea).

13º) Otras seis trabajadoras sí acudieron al proceso de selección (conjunto documental nº 5 ramo Balidea) y fueron efectivamente seleccionadas y convocadas para comenzar a prestar servicios en las instalaciones de Balidea sitas en Santiago de Compostela (conjunto documental nº 6 ramo Balidea).

14º) El demandante Plácido disfrutó vacaciones los días 29.01.2013 (1 día), 25.03.2013 a 27.03.2013 (3 días) y 15.07.2013 a 28.07.2013 (14 días), en total 18 días durante 2013 (doc. nº 15 ramo Servinform).

15º) Los demandantes no son ni han sido representantes legales de los trabajadores durante el año anterior al despido.

16º) Los demandantes presentaron papeletas de conciliación el día 09.09.2013, cuyos actos se celebraron el día 18.09.2013 con el resultado de sin avenencia y el día 24.09.2013 presentaron la demanda de despido.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Serviform S.A. , que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la empresa "Servinform S.A.", al amparo del artículo 193 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , contra la sentencia de instancia que estimó la demanda interpuesta por los actores, trabajadores indefinidos de esta empresa y declaró sus despidos improcedentes, por no tener obligación la empresa "Balidea Consulting & Programming S.L." de subrogarse en su relación laboral, como consecuencia la pérdida de la contrata del IMSERSO por "Servinform S.A." y su adjudicación a "Balidea Consulting & Programming S.L.", en aplicación del artículo 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal de Contact Center publicado en el BOE de 27 de julio de 2.012.

Se alega en el recurso la infracción de los artículos 4.2 del Estatuto de los Trabajadores , 6.4 del Código Civil y 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal de Contact Center.

La Sala debe seguir el criterio establecido en la sentencia nº 1297/15, de fecha 14 de mayo de 2.015, dictada en el recurso n.º 1210/14, al no haberse alegado en el recurso, ni hechos, ni fundamentos jurídicos que justifiquen su modificación, y como declarábamos en la misma: " El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de julio de



2013, contempla la sucesión empresarial en empresas de contact center tras la finalización de la contrata con una empresa y la adjudicación a otra, y tras referir la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la subrogación empresarial, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, niega que se produzca en estos supuestos, pues ni se ha traspasado una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada, ni el nuevo contratista se ha hecho cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que su antecesor destinaba especialmente a la ejecución de su contrata, pues si ha incorporado a parte de la plantilla de la anterior contratista, lo ha hecho en aplicación del artículo 18 del Convenio Colectivo de aplicación, y no por su propia y exclusiva voluntad.

El artículo 18 del Convenio Estatal del Contact Center establece: *"Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:* 1. **Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla.** 2. Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios: 2.1 Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa, a partir de la publicación del Convenio, el 90 % de la nueva plantilla **habrá de integrarse con trabajadores** que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña. 2.2 A los efectos de llevar a cabo la elección de los trabajadores, la misma se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50 % de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10 % formación recibida durante la campaña y **40 % selección.** 3. Para llevar a cabo la nueva contratación de aquel personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña, la nueva empresa contratista de Contact Center, vendrá obligada a respetar las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos. De la misma forma se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión. Se respetará el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional. Se respetarán los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible. Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el trabajador. No habrá período de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año. 4. La nueva empresa constituirá una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, para aquellos trabajadores que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado para cada campaña. De producirse vacantes en tal campaña durante el plazo de tiempo señalado, la empresa vendrá obligada a cubrirlas con el personal de dichas bolsas, salvo que tuviera trabajadores con contrato indefinido pendientes de reubicación, quienes, en todo caso, tendrán preferencia absoluta para ocupar dichas vacantes. 5. Los representantes legales de los trabajadores, cuando no exista en la nueva empresa dentro de la provincia donde se va a ejecutar la campaña representación legal de los trabajadores, mantendrán su condición por el tiempo indispensable hasta la celebración de elecciones sindicales en dicha circunscripción y empresa."

Lo primero que hemos de destacar es que el anterior precepto no impone a la empresa entrante la subrogación de toda la plantilla de la saliente, sino la incorporación a un proceso de selección, así como que el 90% de la plantilla destinada a esa contrata salga de ese proceso de selección con trabajadores de la anterior contratista.

Y dicho esto, lo que no se puede mantener es que por la nueva contratista se haya incumplido respecto a los actores este precepto, pues fueron convocados al referido proceso de selección no participando el mismo.

En cualquier caso, y al margen de las circunstancias de esa convocatoria, lo que no podemos concluir de esos datos es que la entrante en la contrata manifestara su voluntad de incumplir ese precepto convencional, o de extinguir una relación laboral en la que se tuviera que subrogar, por lo que mal le pueden alcanzar las consecuencias del despido declarado improcedente.

SEGUNDO. - En segundo lugar, que como indican los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña en sentencia de 19 de octubre de 2010, La Rioja en sentencia de 23 de abril de 2012, y de Galicia en la de 20 julio 2012, **el artículo 18 del Convenio Colectivo de aplicación no contempla una obligación de subrogación sino una expectativa.**

Debemos tener en cuenta para la solución del recurso que los trabajadores estaban unidos a la empresa "Servinform S.A." con una relación indefinida, que la contrata en la que principalmente venía prestando sus



servicios al menos dos de ellos últimamente se extinguió, por adjudicarse a una nueva contrata, y que estos trabajadores no acudieron a las pruebas de selección a las que fueron convocados por la nueva contratista, incluso en este recurso se declara probado que los demandantes D^a Bernarda , D^a, Julia y D. Plácido , no prestaban servicios de forma exclusiva o durante la mayor parte de su jornada para la campaña del IMSERSO, sino indistintamente para múltiples campañas.

Constatados estos hechos, si la nueva adjudicataria no incumplió los términos del convenio, y si los trabajadores ya tenían en la anterior empresa la condición de indefinidos, su relación laboral no se extinguía con la finalización de la misma, por lo que si el artículo 18 del Convenio Estatal del Contact Center no impone una subrogación, ni exige una participación obligatoria de los trabajadores adscritos a la contrata en el proceso selectivo convocado por la nueva empresa, sino que contempla sólo una expectativa, esta Sala concluye que las consecuencias del despido las debe soportar la empresa recurrente, que en todo caso está facultada para extinguir los contratos de forma objetiva por extinción de la contrata, en relación exclusivamente con los trabajadores adscritos a la contrata concertada con el IMSERSO, no respecto de aquellos que prestan servicios de forma habitual en otras contratas, y habiéndolo declarado así la sentencia recurrida, procede desestimar su recurso, con confirmación de la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por SERVIFORM S.L. contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Social número 3 de Sevilla , en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D^a. Bernarda , D^a. Julia , D. Plácido , D. Anselmo , y D. Elías contra SERVIFORM S.L. y BALIDEA CONSULTING & PROGRAMING S.L., habiendo sido parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en impugnación de despido y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos, condenando a la empresa recurrente al pago de las costas causadas al abono de honorarios del Letrado/os y/o Graduados Sociales impugnantes del recurso, por ser preceptivos, en cuantía de 600 euros más IVA para cada uno de ellos, que en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 237.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social ..

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Se advierte al recurrente no exento que, si recurre, al personarse en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, deberá presentar resguardo acreditativo del depósito de seiscientos euros en la cuenta corriente abierta en Banco de Santander, oficina Jardines de Murillo, con número 2.410-0000-65-0215-15, y mantener la consignación efectuada en la instancia.

Asimismo se advierte a la parte recurrente que en el caso de no estar exento deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante del pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y en el Real Decreto -Ley 3/13 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita.

Se decreta la pérdida del depósito constituido en la instancia, que deberá ingresarse en el Tesoro Público, y destinar la consignación efectuada al cumplimiento de la condena, manteniéndose en su caso el aseguramiento hasta la total ejecución de la sentencia.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 10 de febrero de 2,016