



Roj: **STSJ M 12648/2008 - ECLI:ES:TSJM:2008:12648**

Id Cendoj: **28079340012008100583**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2008**

Nº de Recurso: **2089/2008**

Nº de Resolución: **590/2008**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0002089/2008

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

**SENTENCIA: 00590/2008**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 2.089/08

Sentencia número: 590/08

F.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

-PRESIDENTE-

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a CATORCE DE JULIO DE DOS MIL OCHO, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados,

de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación número 2.089/08, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. SERVULO ÁNGEL CASAS DÁVILA, en nombre y representación de TELCO TELEMARKETING, S.L. contra la sentencia de fecha TRES DE JULIO DE DOS MIL SIETE, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de MADRID, en sus autos número 358/06, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Lourdes Y D<sup>a</sup>. Marí Trini frente a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A., BASCOTECNIA, S.A., EQUINOCCIO CIA DE COMERCIO EXTERIOR, S.L. Y RECURRENTE, en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado- Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- Lourdes y Marí Trini iniciaron prestación de servicios profesionales indefinido a tiempo completo para la empresa Telco Telemarketing, SL, en fecha 02.05.03, con la categoría profesional de Teleoperadora y percibiendo un salario mensual, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 1.662,67 euros.

SEGUNDO.- Bascotecnia, SA, Equinoccio Cia de Comercio Exterior, SL, y Telco Telemarketing, SL, constituyeron una Unión Temporal de Empresas (UTE) para hacer frente conjuntamente a convocatoria de concurso privado efectuada por el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) para contratar la externalización de la Secretaría de Comercio y Turismo. El 30.04.03, el ICEX y la UTE firmaron el contrato de adjudicación (doc. 29 de Telco), con vigencia desde el 01.05.03 hasta el 31.12.03, prorrogable por períodos anuales. Las mismas partes firmaron contrato de 02.01.04 (doc. 30 de Telco) para continuar el servicio durante dicho año, y el 01.09.04 suscribieron dos novaciones contractuales (docs. 31 y 32 de Telco) para ampliar el servicio. El 03.01.05 firmaron la segunda prórroga (doc. 32 de Telco) del contrato inicial y el 20.06.05 la tercera novación del contrato (doc. 33 de Telco). Se tienen por reproducidos los citados documentos.

TERCERO.- En 2005, el ICEX sacó a concurso la externalización del Contact Center del Centro de Información de la Administración Comercial Española (docs. 34 de Telco y 6 y 7 de Atento) y mediante fax de 22.02.05 (doc. 35 de Telco) el ICEX comunicó a la UTE que no había sido seleccionada y que la adjudicación se había hecho a Atento Teleservicios España, SA, a partir del 15.03.06. Se tienen por reproducidos los citados documentos.

CUARTO.- Fechada el 06.03.06, la UTE remitió carta a Atento Teleservicios España, SA (docs. 36 de Telco y 2 de Atento), facilitando la relación de trabajadores adscritos al centro de trabajo, a efectos de la subrogación prevenida en los arts. 18 del Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Telemarketing y 44 ET, y en la cláusula 31ª del Pliego de Condiciones del Concurso. En dicha relación figuraban las actoras como trabajadoras de Telco Telemarketing, SL.

QUINTO.- El mismo día, respondió Atento Teleservicios España, SA, a la UTE mediante fax (docs. 37 de Telco y 4 de Atento), manifestando que no era aplicable la subrogación del art. 44 ET, que la cláusula 31ª del Pliego de Condiciones del Concurso no exigía tal subrogación y que el art. 18 del Convenio de Telemarketing se refiere a cambio de empresa en la prestación de servicios a terceros, no a subrogación. Se tiene por reproducido el contenido de dicha carta.

SEXTO.- Telco Telemarketing, SL, cursó la baja de las actoras en la Seguridad Social con efectos de 15.03.06.

SEPTIMO.- Atento Teleservicios España, SA, ofreció nueva contratación a los trabajadores integrados en la relación que se cita en el ordinal cuarto de este relato (alegaciones de Atento, hechos terceros de las demandas, confesión en juicio de Marí Trini), suscribiendo contrato temporal con varios de ellos (docs. 9 a 28 de Atento).

OCTAVO.- Lourdes inició proceso de incapacidad temporal el 25.01.06, que finalizó el 08.04.06.

NOVENO.- Las actoras no han ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

DECIMO.- Las actoras presentaron papeleta de conciliación previa a la vía jurisdiccional el día 24.03.06, celebrándose sin avenencia el intento conciliatorio el 07.04.06.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, estimando en parte las pretensiones de la demanda, previa absolución de Atento Teleservicios España, SA, y de la Unión Temporal de Empresas constituida por Bascotecnia, SA, Equinoccio Cia de Comercio Exterior, SL, y Te1co Telemarketing, SL, califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa Telco Telemarketing, SL, a que satisfaga a Lourdes y Marí Trini, en consideración al salario que se estima acreditado en el hecho probado primero de esta sentencia, los salarios devengados y no percibidos desde la fecha del despido, 15 de marzo de 2006, hasta la notificación de la presente resolución, con exclusión del período transcurrido entre el día 14 de noviembre de 2006 y el 12 de marzo de 2007, ambos incluidos; así como a que opte, en el plazo de cinco (5) días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, a readmitir inmediatamente a las actoras en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien a abonarles una indemnización de 7.163,34 euros. Transcurrido dicho plazo sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión."



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA -TELCO TELEMARKETING, S.L.-, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha VEINTITRÉS DE ABRIL DE DOS MIL OCHO dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en VEINTICINCO DE JUNIO DE DOS MIL OCHO señalándose el día NUEVE DE JULIO DE DOS MIL OCHO para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las dos trabajadoras solicitaron en el suplico de la demanda rectora de las actuaciones, dirigida contra Telco Telemarketing SL, Atento Teleservicios España S.A, UTE Bascotecnia S.A -Equinoccio Cia de Comercio Exterior SL-, la declaración de despido nulo o subsidiariamente improcedente, demanda que ha sido estimada en parte calificando el despido de improcedente, con las consecuencias económicas y legales inherentes a ello, y disconforme interpone recurso de suplicación la representación de Telco Telemarketing S.L (empresa condenada).

SEGUNDO.- En el primer motivo, con correcto amparo en el apartado b) del art. 191 de la LPL , interesa, con base en los documentos 2 y 28 del ramo de prueba de la codemandada -que recoge la relación de trabajadores que pasan de una empresa a otra- la revisión del hecho probado séptimo, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"Atento Teleservicios España S.A, ofreció nueva contratación a los trabajadores integrados en la relación que se cita en el ordinal cuarto de este relato (alegaciones de Atento, hechos terceros de las demandas, confesión en juicio de Marí Trini ), suscribiendo contrato temporal con varios de ellos (doc 9 a 28 de Atento).

Respecto de Telco Telemarketing, S.L. de los seis trabajadores que aportaba al servicio, cuatro continúan adscritos al mismo contratados por Atento, quedando excluidas las dos actoras".

A la revisión se opone Atento por entender es irrelevante la modificación, y en todo caso, asevera, como recoge el hecho probado que se pretende modificar, Atento ofreció a las actoras su incorporación al proceso de selección para una nueva contratación dando así cumplimiento a lo prevenido en el III Convenio Colectivo de Telemarketing.

La Sala, a la vista de los documentos ofrecidos para la modificación y el alegato de Atento, revisa en parte el ordinal en cuestión a los únicos efectos de precisar que de los seis trabajadores que aportaba Telco, cuatro continúan adscritos al mismo centro contratados por Atento, pero sin recoger que "quedaron excluidas las actoras", pues este aserto del que parte la recurrente no se desprende de manera patente, directa y clara de los documentos que referencia, aparte de que está en contradicción con el hecho séptimo según el cual e Atento ofreció nueva contratación a los trabajadores integrados en la relación que se cita en el ordinal cuarto.

TERCERO.- Dentro del mismo motivo, también sobre error in facto, interesa, con base a la confesión de Doña Lourdes , pero sin soporte en prueba documental alguna, la adición al hecho probado octavo de lo siguiente:

" Lourdes inició proceso de incapacidad temporal el 25.01.06 que finalizó el 08.04.06, pasando a la situación de maternidad desde el 9.04.06 hasta el 28.07.06".

La revisión por adición viene abocada de plano al fracaso, al no hacerse cita del documento o documentos o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, y como se infiere del apartado b) del art. 191 LPL , mediante la referencia exacta de los folios, -no es correcto se diga genéricamente constan en el procedimiento- patente, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador.

CUARTO.- Ya en sede del Derecho aplicado, sobre error in iudicando, denuncia, con correcto amparo en el apartado c) del art. 191 LPL , infracción de art. 44 del ET y 18 del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de Telemarketing.



Su discurso argumental es claro pivotando sobre los siguientes asertos: De los seis trabajadores con los que Telco tenía suscrito vínculo contractual, todos, a excepción de las dos actoras, siguen trabajando para Atento. Partiendo de esta premisa, a continuación, trae a colación dos conocidas sentencias del TJCE, de 10-12-1998, según las cuales en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, los elementos del activo material o inmaterial se reducen a menudo a la mínima expresión descansando la actividad fundamentalmente en la mano de obra, de manera que un conjunto organizado de trabajadores que se hallen destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una unidad económica que mantiene su identidad, aún después de la transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de un número importante o significado de trabajadores del antecesor. Hace cita, a renglón seguido, para reafirmar su tesis, de la STS de 27 de octubre de 2004, terminando por invocar el art. 18 del Convenio Estatal para empresas de Telemarketing, sosteniendo, debe interpretarse conforme a la doctrina que acaba de exponer, para atender a la estabilidad en el empleo.

En su escrito de impugnación al recurso Atento se opone, y, con carácter previo, plantea le está vedado al codemandado condenado pedir la condena del codemandado absuelto cuando la parte demandante se ha conformado con el pronunciamiento absolutorio, y para ello cita a su favor la STSJ de Aragón de 19-5-2005. Respecto de la interpretación del art. 44 del ET, sostiene no se dan los presupuestos que configuran el mismo para aplicarlo al caso aquí controvertido, al no existir obligación de subrogación en los contratos de trabajo atendiendo al Convenio Colectivo, ni en el pliego de condiciones, ni tan siquiera transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación.

QUINTO.- Los términos que centran el recurso y las posturas de las partes exigen de esta Sala examine, a continuación, el contenido del art. 18 del Convenio de aplicación, así como el art. 44 del ET y el pliego de cláusulas administrativas particulares de prescripciones técnicas que han de regir en el contrato de servicios de externalización del Contac Center del centro de información de la Administración Comercial Española.

El art. 18 del III Convenio Estatal de Telemarketing (BOE 107/2005, de 5 mayo 2005), dispone con relación al cambio de empresa de Telemarketing en la prestación de servicios a terceros lo siguiente:

"Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de telemarketing, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:

1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla.

2. Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:

2.1 Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa, a partir de la publicación del Convenio el 85 % de la nueva plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.

A partir del 1 de enero del 2006, el porcentaje señalado en el párrafo anterior será del 90%.

2.2 A los efectos de llevar a cabo la elección de los trabajadores, la misma se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10% formación recibida durante la campaña y 40% selección.

3. Para llevar a cabo la nueva contratación de aquel personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña, la nueva empresa contratista de telemarketing, vendrá obligada a respetar las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos.

De la misma forma se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión.

Se respetará el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional.

Se respetarán los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible.



Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el trabajador.

No habrá periodo de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año.

4. La nueva empresa constituirá una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, para aquellos trabajadores que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado para cada campaña. De producirse vacantes en tal campaña durante el plazo de tiempo señalado, la empresa vendrá obligada a cubrir las vacantes 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".

Por su parte, la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares de prescripciones técnicas que han de regir en el contrato de servicios de externalización del Contac Center del centro de información de la Administración Comercial Española (documento nº 7 de Atento) dispone en lo que aquí interesa que "(...) Asimismo la empresa adjudicataria se compromete a cumplir las condiciones y porcentajes de integración de plantilla establecidos en los Convenios Colectivos que sean aplicables y, en especial, las relativas al cambio de empresa en la prestación de servicios a terceros; asumiendo el compromiso de incorporar al proceso de selección de los nuevos profesionales al personal que actualmente presta servicios en el Contact Center (.....) En el caso de que el adjudicatario sea una unión temporal de empresas, la dirección del servicio será liderada por la empresa que aporte la experiencia en Call Centres que será el interlocutor habitual del ICEX y deberá asistir a las reuniones del Comité de Calidad y seguimiento del proyecto que se celebrarán con carácter trimestral".

El art. 44 del ET, en su redacción dada por la Ley 12/2001, para incorporar a nuestro ordenamiento interno el contenido de las Directivas europeas 98/50 / CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, y 1999/70/ CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, dispone:

"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 accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad".





SEXTO.- En el sector de servicios resulta habitual que los convenios colectivos que los regulan establezcan reglas expresivas de un deber de subrogación empresarial, como garantía por cambio del empresario contratista del servicio, generalmente debido a una finalidad de estabilidad en el empleo de los trabajadores de esas empresas empleados en esos servicios. El alcance de tal deber va a depender de los términos pactados en el convenio, que puede mejorar pero no alterar a la baja el contenido imperativo del art. 44 del ET , sin perjuicio de la relevancia que pueda tener tal circunstancia en orden a determinar si concurre o no el supuesto de sucesión de empresas previsto en el art. 44 ET y al que esta norma también vincula efectos subrogatorios. Es decir, en la medida en que el cambio de contratista reúna los rasgos propios de la sucesión de empresas, la regulación convencional deberá ser respetuosa con los mínimos establecidos en ese precepto estatutario.

Así, en nuestro Derecho Colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los Convenios Colectivos Nacionales son:

Acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos, asistencia en tierra en aeropuertos (handling), atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, Construcción, Contact Center, Contratas Ferroviarias, Empresas Concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos de Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccional, seguridad, transportes de enfermos y accidentados en ambulancias.

Además, existe una relación de sectores que regulan la subrogación en sus Convenios Sectoriales autonómicos y/o provinciales.

El art. 44 ET , regulador la sucesión de empresa, no había tenido cambios en su redacción hasta que, la Ley 12/2001, introdujo novedades en su contenido, sustancialmente debidas a la jurisprudencia emanada del TJCE y a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50 / CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 , sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 . Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23 / CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001 , es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral. Norma de rango legal, que como acabamos de ver, no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85-1 ET y art. 3-1-c ET ).

Ahora bien, entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001, como muy clarificadoramente apunta la Sentencia del TSJ del País Vasco de 13-2-2007 , se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, a efectos de lo previsto en ese 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 accesoria. Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas.

Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 1998/50 / CE ( art. 1-1 -b), mantenido en la Directiva 2001/23 / CE (art. 1-1 -b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE , cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio ( sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997 , Hernández Vidal , de 10 de diciembre de 1998 , Sánchez Hidalgo, de la misma fecha , y Allen, de 2 de diciembre de 1999 ).



No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.

Con anterioridad a esa reforma, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio ( sentencias de 5 de abril de 1993 , 14 de diciembre de 1994 , 23 de enero y 9 de febrero de 1995 , 29 de diciembre de 1997 , 29 de abril de 1998 y 18 de marzo de 2002 , como tampoco se da si, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión ( sentencias de 3 de octubre de 1998 , y 19 de marzo de 2002 . Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación ( sentencias de 10 de diciembre de 1997 , 9 de febrero , 31 de marzo y 8 de junio de 1998 , 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 , y 29 de enero de 2002 .

Sin embargo, tras la reforma de la Ley 12/2001, y a la luz de la sentencia dictada por el TJCEE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO , también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

SÉPTIMO.- Así tenemos que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A). Art. 44 del ET , reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos. ( SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31-3-1998 , 30-9-99 y 29-1-2002 ).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29-2-2000 ), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil .

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006 ) como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007). Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 , (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece.



OCTAVO.- En el concreto caso sometido a nuestra consideración debemos decidir si la situación de las dos actoras es reconducible a alguno de los supuestos de subrogación empresarial a que se ha hecho mención en el fundamento precedente, para lo cual debemos partir de los siguientes datos relevantes:

Las demandantes se vincularon a la empresa Telco Telemarketing SL por una relación indefinida a tiempo completo, sin vinculación a la duración de ninguna contrata. Esta empresa constituyó junto a Bascotecnia SA y Equinoccio Cia de Comercio Exterior una Unión Temporal de Empresas (UTE) para hacer frente conjuntamente a convocatoria de concurso privado efectuada por el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) para contratar la externalización de la Secretaría de Comercio y Turismo. El 30-4-2003 el ICEX y la UTE firmaron el contrato de adjudicación que se fue prorrogando hasta que el ICEX sacó a concurso la externalización del Contact Center del Centro de Información de la Administración Comercial Española y, mediante fax de 22-2-05, comunica a la UTE que no había seleccionada y que la adjudicación se había hecho a favor de Atento Teleservicios España SA a partir de 15-3-06. La UTE remitió carta el 6-3-06 a la nueva adjudicataria Atento facilitando la relación de trabajadores adscritos al centro de trabajo, a efectos de la subrogación prevenida en el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Telemarketing y 44 del ET, y en la cláusula 31ª del Pliego de Condiciones del concurso, figurando en dicha relación las actoras. El mismo día remitió contestación Atento a la UTE manifestando que no era aplicable la subrogación del art. 44 ET, ni la cláusula 31 del Pliego de Condiciones exigía la subrogación, y que el art. 18 del Convenio se refiere a cambio de empresa en la prestación de servicios a terceros, no a subrogación. Telco cursó la baja de las actoras en Seguridad Social el 15-3-2006. Atento ofreció la posibilidad de nueva contratación a las demandantes. De los seis trabajadores que aportaba Telco, cuatro continúan adscritos al mismo servicio contratados por Atento.

A la vista de los datos precedentes, y teniendo en cuenta el marco normativo regulador de la sucesión de empresas, no es posible subsumir el caso aquí debatido en ninguno de los supuestos de subrogación empresarial a que hemos hecho mención. 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. Y menos aún cabe inferir se den los presupuestos de la cesión contractual, al inexistir un acuerdo entre empresas. Es evidente, al cabo, que no se trata de una asunción automática de los trabajadores, sino de un compromiso de incorporación a un proceso de selección, nada más, mediante la aplicación de un baremo que tiene en cuenta los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10% formación recibida durante la campaña y 40% selección. Por otra parte, el Convenio Colectivo, a cuyo tenor y requisitos debemos remitirnos, no dispone la subrogación de la que parte la recurrente, más bien regula el cambio de empresa de Telemarketing en la prestación de servicios a terceros. Significativo es, a fortiori, que las propias trabajadoras no hayan recurrido la sentencia y que, incluso, en el escrito de impugnación al recurso, se opongán a las pretensiones de Telco. En definitiva, la nueva empresa adjudicataria del servicio, Atento, se ha limitado a cumplir con la obligación de ofrecer a las actoras la posibilidad de contratarlas, incorporándolas al proceso de selección, pero si las mismas declinaron el ofrecimiento, o, participando en el proceso, no fueron elegidas por la aplicación de los baremos, no entrando en los porcentajes, a lo más a que alcanzaría su derecho sería a estar integradas durante un máximo de seis meses en una bolsa de trabajo, de manera que a Atento no es posible pedirle más de lo que ha hecho, y, faltando, por lo expuesto, el soporte para asumirse por Atento la responsabilidad de las consecuencias del despido, subrogándose en los derechos y obligaciones de las actoras, ello conlleva desestimar este motivo del recurso.

NOVENO.- La misma suerte adversa para los intereses de la recurrente ha de tener el último de los motivos que despliega, en el que denuncia infracción del art. 56 del ET, al no constar fehacientemente, a la vista de la documental obrante en autos, los periodos de baja por incapacidad temporal y maternidad, sin perjuicio de lo que, en su caso, se acuerde en ejecución.

Por lo razonado, del despido producido, ha de responder TELCO, como correctamente lo entendió la sentencia del Juzgado de lo Social de instancia, que se confirma con previa desestimación del recurso.

VISTOS los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo,





## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por TELCO TELEMARKETING, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de esta ciudad, de fecha 3 de julio de 2007, en sus autos nº 358/06 y, en consecuencia, debemos confirmar la sentencia de instancia, condenando en costas a la recurrente por un importe de trescientos (300) euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300,51 € deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal nº1006, de la calle Barquillo nº49, de Madrid 28004, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2826000000nºrecurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la c/ Miguel Ángel nº 17, de Madrid 28010, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe,

en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.