



Roj: **STSJ CANT 53/2017 - ECLI: ES:TSJCANT:2017:53**

Id Cendoj: **39075340012017100041**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2017**

Nº de Recurso: **1067/2016**

Nº de Resolución: **103/2017**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA n° 000103/2017

En Santander, a 10 de febrero del 2017.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

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 las Ilmas. Sras. citadas al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por SIMA DEPORTE Y OCIO, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n°. 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 .- Según consta en autos se presentó demanda de despido por D. Epifanio frente a las empresas, SIMA DEPORTE Y OCIO, S.L. y GRIZ TEAM, S.L..

En su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 18 de octubre de 2016 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El actor ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada Griz Team S.L., desde el 26 de agosto de 2013, categoría profesional de monitor (grupo 3, nivel II) y salario diario de 28,23 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo desempeñado sus funciones en el gimnasio municipal del polideportivo de San Vicente de la Barquera.

2º.- La referida empresa, -antigua concesionaria del citado gimnasio municipal-, tras la adjudicación del contrato a la empresa Sima Deporte y Ocio S.L., cesó su actividad en el polideportivo y comunicó al actor mediante correo electrónico de fecha 11 de julio de 2016, su baja en la Seguridad Social de fecha 10 de julio de 2016.

3º.- El actor, al no tener conocimiento de su situación laboral, con fecha 11 de julio de 2016 acude a su centro de trabajo y a través de un usuario del gimnasio le es notificada carta de la empresa Sima Deporte y Ocio S.L., de fecha 11 de julio de 2016 por la que se le comunica que no iba a ser subrogado y que seguía manteniendo su vinculación con la empresa Griz Team S.L.



4º.- A la relación laboral le resulta de aplicación el III convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

5º.- El Pliego de Contratación del Servicio de Gestión, Mantenimiento y Limpieza del Gimnasio y las Cláusulas Administrativas Particulares en donde no figura la obligación de subrogación, constan aportados a autos y se dan por reproducidos.

6º.- La empresa Sima Deporte y Ocio S.L. ha contratado a un monitor y a una limpiadora para su actividad en el polideportivo.

7º.- El demandante no ostenta, ni han ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa.

8º.- El preceptivo acto de conciliación resultó intentado, sin avenencia.

TERCERO .- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Se estima la demanda formulada por Don Epifanio contra las empresas Griz Team S.L. y Sima Deporte y Ocio S.L., se declara improcedente el despido efectuado y se condena a dichas empresas demandadas, a que a su elección, en el plazo de cinco días, opten por la readmisión del actor con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión, o por el abono de una indemnización de 2.795 euros.

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 .- Con fecha 26 de octubre de 2016 se dictó auto por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander , cuya parte dispositiva dice: "Acuerdo la aclaración de la sentencia dictada en las presentes actuaciones de fecha 18/10/16 en los siguientes términos: en el fallo de la sentencia, donde dice: "y se condena a dichas empresas demandadas, a que su elección, en el plazo de cinco días, opten por la readmisión del actor....., o por el abono de una de una indemnización", debe decir: "y se condena a la empresa Sima Deporte y Ocio, S.L., a que su elección, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión del actor....., o por el abono de una indemnización". Se suprime igualmente el punto III de los fundamentos de derecho."

QUINTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada, SIMA DEPORTE Y OCIO S.L., siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la magistrada ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen del debate.

La empresa codemandada, SIMA DEPORTE Y OCIO, S.L., se alza frente a la sentencia dictada en instancia que ha estimado, en parte, la demanda de despido formulada por el actor. La sentencia declara la improcedencia del despido y condena a la empresa, Sima Deporte y Ocio, S.L., a las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

En el recurso se articulan tres motivos. En el primero de ellos denuncia la vulneración de los artículos 214.1 LEC y 267.1 LOPJ . En los motivos segundo y tercero, con amparo procesal en el art. 193.b) y c) LRJS , insta la revisión de los hechos probados y denuncia la infracción del artículo 25 del convenio colectivo aplicable y del art. 44 ET .

Por su parte, la empresa, GRIZ TEAM S.L., en su escrito de impugnación del recurso solicita un revisión del relato fáctico y aduce un motivo de oposición al recurso, todo ello con base en lo dispuesto en el art. 197 LRJS .

SEGUNDO.- Infracción de los artículos 214.1 LEC y 267.1 LOPJ .

La parte recurrente alega que el auto de aclaración de la sentencia, de fecha 26-10-2016 , se ha extralimitado de los márgenes fijados en el art. 214.1 LEC y 267.1 LOPJ , al modificar la inicial condena de las dos empresas demandadas e imponerla solo a la recurrente en su condición de sucesora en la contrata del gimnasio municipal.

El motivo de recurso no puede prosperar. Parece que la recurrente pretende la declaración de nulidad del pronunciamiento de la sentencia de instancia por cuanto el auto aclaratorio de fecha 26 de octubre de 2016 , que la integra y modifica, absuelve a la codemandada y condena exclusivamente a la empresa recurrente. No obstante, en el suplico no pide la nulidad sino la revocación del pronunciamiento de condena contra la empresa



recurrente y la declaración de improcedencia del despido realizado por la codemandada, Griz Team S.L.. Por ello, parece que su pretensión podría encajarse en el ámbito del art. 202 LRJS . Esto es, lo que la parte solicita es que en caso de verificarse el defecto formal denunciado, se proceda a dar una respuesta al debate por parte de la Sala, tal como posibilita el apartado segundo del referido art. 202 LRJS .

En principio, la condena de una empresa que ha sido inicialmente absuelta en la sentencia de instancia no supone incongruencia, ya que de acuerdo con la doctrina unificada, en trámite de recurso de suplicación cabe la condena al codemandado absuelto en la instancia aunque no se hubiera solicitado por la parte actora [SSTS de 6-2-1997 , 20-12-1999 , 24-3-2003 y 13-11-2007 , entre otras].

Ahora bien, en el caso a que nos ocupa, se advierte que la sentencia y el auto que la aclara parten de que el convenio colectivo imponía la subrogación de los contratos de los trabajadores.

De acuerdo con los términos de la normativa convencional, la sentencia declara la responsabilidad de la sucesora en la contrata. Añade luego un fundamento de derecho en relación a la responsabilidad de la inicial concesionaria del servicio. En dicho fundamento es evidente la existencia de un error material, pues se alude a la falta de prueba de los hechos determinantes del despido. Es precisamente este error el que luego se subsana a través del auto de aclaración de 26 de octubre de 2016 .

Es cierto que la subsanación de un pronunciamiento de condena que se recoge expresamente en el fallo y que deriva de una errónea valoración jurídica previa no es un ámbito propio del recurso de aclaración que regulan los artículos 214.1 LEC y 267.1 LOPJ . Pero también lo es que en este concreto caso no se ha causado indefensión a la parte, pues ha tenido posibilidad de oponer en el recurso de suplicación las correspondientes alegaciones frente a dicha resolución. En este sentido es conveniente recordar que los conceptos constitucionales y procesales de indefensión no son siempre equivalentes y es preciso acreditar la efectiva concurrencia del estado de indefensión material para que prospere el derecho. Esto es, debe apreciarse una indefensión que ocasione el "consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (SSTC 135/1986 , 41/1989 , 145/1990 , 289/1993 , 89/2004 y 162/2004 , entre otras), lo que no se evidencia en el supuesto que nos ocupa.

En cualquier caso, la corrección o incorrección del definitivo pronunciamiento de condena debe ser objeto de análisis a lo largo del examen del motivo de infracción jurídica, procediendo la desestimación del primer motivo de recurso.

TERCERO.- Revisiones fácticas del escrito de recurso y del escrito de impugnación.

1.- La empresa recurrente interesa la rectificación del hecho probado primero para añadir el tipo de contrato del actor. El texto que propone añadir al referido hecho es el siguiente: "(...), mediante contrato a tiempo parcial de 35 horas y de duración determinada concretada en la realización de obras o servicios de atención gimnasio San Vicente de la Barquera teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa".

La modalidad contractual pactada entre las partes consta en el contrato unido a los folios nº 28 y 29. No obstante, se trata de un dato que carece de relevancia de cara al sentido del fallo, ya que en el caso que nos ocupa lo que se cuestiona es si debe operar o no la subrogación convencional, lo que obliga a estar a los requisitos exigidos en el art. 25 del convenio aplicable que, como luego indicaremos, no diferencia entre la modalidad contractual concertada sino que lo único que exige es la antigüedad mínima de 5 meses "sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo" [art. 25.II.a)].

Por tanto, partiendo de que la jurisprudencia exige que la modificación fáctica que se solicite tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia, no es posible acceder a lo solicitado [entre las más recientes, destacan las SSTS 17-1-2011 (Rec. 75/2010), 21-5-2012 (Rec. 178/2011), 20-3-2013 (Rec. 81/2012), 16-4-2013 (Rec. 257/2011), 18-2-2014 (Rec. 74/2013) o 20-5-2014 (Rec. 276/2013)].

2.- Por su parte, en el escrito de impugnación del recurso de la empresa, Griz Team S.L., con amparo procesal en el art. 197.1 LRJS [si bien con la cita, claramente por error, del art. 191.b) de la derogada Ley de Procedimiento Laboral], solicita la revisión del hecho probado segundo de la sentencia de instancia. Propone añadir al mismo el siguiente párrafo: "La empresa Griz Team comunicó mediante burofax a "Sima Deporte y Ocio" los datos del trabajador demandante, a efectos de su subrogación tras la adjudicación del servicio del polideportivo de San Vicente de la Barquera".

Se trata de un dato que efectivamente consta en la documental aportada por Griz Team S.L. (folios nº 34 a 37) y también en la aportada por la empresa codemandada, Sima Deporte y Ocio S.L. (folio nº 100) y que es relevante para respaldar la postura procesal de la codemandada, por cuanto verifica el cumplimiento por parte de ésta de una de las obligaciones convencionales (art. 25.X del convenio).



Por ello, procede acceder a la adición propuesta, quedando redactado el hecho probado segundo en los términos solicitados en el escrito de impugnación del recurso.

TERCERO.- Motivo de infracción jurídica. Vulneración del art. 25 del convenio colectivo, del art. 44 ET y de la jurisprudencia que los interpreta.

En primer lugar, 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.

En relación a los efectos derivados de la subrogación empresarial que tiene origen en una norma convencional y no en el artículo 44 ET, la doctrina unificada ha fijado que han de establecerse en sus propios términos, lo que determina que haya que estar a lo expresamente pactado en la norma colectiva. De este modo, tanto los supuestos en los que procede la subrogación convencional como, en su caso, aspectos como la responsabilidad solidaria por deudas, es exigible en función de la concreta regulación del convenio colectivo. En este sentido se pronuncian las SSTs de 12-3-1997 (Rec. 2639/1996), 10-12-1997 (Rec. 164/1997), 8-6-1998 (Rec. 2178/1997), 9-2-1998 (Rec. 167/1998), 31-3-1998 (Rec. 1744/1997), 30-9-1999 (Rec. 3983/1998), 6-6-2001 (Rec. 2847/2000), 23-5-2005 (Rec. 1674/2004), 10-12-2008 (Rec.), 25-10-2010 (Rec. 11/2010), STS de 25-2-2014 (Rec. 646/2013) y 24-3-2015 (Rec. 1202/2014), entre otras.

Las referidas sentencias parten de que cuando nos encontramos ante un supuesto de subrogación o sucesión de obligaciones contractuales de origen convencional y no de subrogación del artículo 44 ET, es necesario entender a las concretas condiciones pactadas en la normativa que impone la subrogación.

Partiendo de estas premisas, conviene apuntar que si bien la subrogación convencional está regulada por lo dispuesto en la normativa de la que deriva, en todo caso es necesario analizar su contenido a fin de determinar cuál es el concreto alcance de la subrogación.

En lo que aquí nos interesa, el convenio colectivo aplicable, en su artículo 25 (apartado II), impone la subrogación en todos los supuestos de "finalización, suspensión, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata -así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la subrogación entre entidades, personas físicas o jurídicas-, que lleven a cabo la actividad de que se trate" al indicar que "los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, o bien a la titular de las instalaciones deportivas o promotora de actividades socio-deportivas, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada".

En relación a los requisitos que se exigen a los trabajadores para que pueda operar la referida subrogación, el apartado a) del mismo artículo establece que es necesario que se trate de "trabajadores en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado periodo de cinco meses, hubieran trabajado en otra contrata".

Los apartados b) a e) se refieren a los trabajadores en activo que desempeñen su prestación en varios centros de trabajo, los trabajadores con derecho a reserva de puesto, los trabajadores con contrato de interinidad y los de nuevo ingreso.

Por su parte, el apartado IV recoge los supuestos de excepción a la subrogación, que son los casos de traslados de centro de trabajo producidos en los últimos cinco meses respecto de la finalización de la contratación, los casos de cierre o cese definitivo de la actividad y los supuestos de socios cooperativistas y trabajadores autónomos.

Por último, el apartado V regula las obligaciones documentales de la empresa saliente a la entrante que en este caso constan debidamente cumplidas.

Por tanto, a la vista de la normativa convencional, es evidente que en ninguna de las cláusulas del art. 25 del convenio establece que la subrogación convencional deba realizarse únicamente respecto de trabajadores indefinidos. El requisito que el convenio exige para la subrogación es la antigüedad de 5 meses con independencia de la modalidad contractual concertada. La imputación de responsabilidad que la sentencia de instancia realiza, con la rectificación operada por el auto de 26 de octubre de 2016, es correcta, habida cuenta del cumplimiento por parte de la empresa saliente de las obligaciones convencionales [SSTS 15-10-2013 (EDJ 2013/284584), 15-7-2013 (EDJ 2013/164051) o 25-2-2014 (EDJ 2014/30206), entre otras muchas].

Por otro lado, la falta de mención a la subrogación en el pliego de condiciones o la falta de concurrencia de circunstancias que son propias de la sucesión legal, en nada obstan a la anterior conclusión. La subrogación



de trabajadores, en casos de sucesión de contratas, puede venir impuesta en el pliego de condiciones o, como aquí ocurre, en la normativa convencional aplicable. Incluso puede imponerse mediante un acuerdo colectivo de empresa y, obviamente, cuando concurren las circunstancias de la subrogación legal del art. 44 ET . Pero cada uno de estos supuestos tiene una regulación diferente y, consecuentemente, sus propias peculiaridades.

En el supuesto que nos ocupa la subrogación es convencional, por lo que debemos considerar lo que se haya pactado concretamente en la referida norma [SSTS 17-12-2013 (EDJ 2013/273990) y 25-10-2010 (Rec. 11/2010) , entre otras], dejando al margen los requisitos que son propios de la subrogación legal.

Todo lo anterior determina la desestimación del recurso y la confirmación del pronunciamiento de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Costas.

Procede imponer a la empresa recurrente las costas procesales en la cuantía de 650 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS .

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por SIMA DEPORTE Y OCIO S.L. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander, de fecha 18- 10-2016 (Proc. nº 501/2016), confirmando la misma en su integridad.

Procede imponer a la empresa recurrente las costas procesales en la cuantía de 650 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS .

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen publico de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen publico de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 1067 16.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 1067 16.



Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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 Sala.

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ