



Roj: **STSJ CAT 213/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:213**

Id Cendoj: **08019340012017100203**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2017**

Nº de Recurso: **6643/2016**

Nº de Resolución: **333/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SANCHEZ BURRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 17079 - 44 - 4 - 2015 - 8044355

RM

Recurso de Suplicación: 6643/2016

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

En Barcelona a 20 de enero de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 333/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Magma Serveis Culturals, S.L. (Magmacultura, S.L.) frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Girona (UPSD social 2) de fecha 31 de mayo de 2016 dictada en el procedimiento Demandas nº 792/2015 y siendo recurridos Ombuds Servicios, S.L., Candido , Eusebio y Zulima . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda promovida por DON Candido , DON Eusebio y DOÑA Zulima frente a las empresas OMBUDS SERVICE, S.L. y MAGMACULTURA, S.L., por lo que declaro improcedente el despido sufrido por los actores con fecha de efectos de 01/10/2015 y, en consecuencia, condeno a la empresa MAGMACULTURA, S.L. a estar y pasar por tal declaración y a que readmita a los demandantes en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido, debiendo abonarles en este caso los salarios de tramitación, o, que a su opción, que deberá ejercitar en el



improrrogable plazo de cinco días, abone a: DON Candido , una indemnización por importe de 1.526,91 €; a DON Eusebio una indemnización por importe de 491,56 €; y a DOÑA Zulima una indemnización por importe de 482,63 €.

Absuelvo a la empresa OMBUDS SERVICE, S.L. de todas las pretensiones de la demanda.

Apercíbase a la empresa MAGMACULTURA, S.L. de que, caso de que no ejercite en tiempo y forma el derecho de opción, conforme al art. 56.3 ET , se entiende que procede la readmisión, si ésta no se realiza o se realiza de manera irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución de la sentencia una vez sea firme, pudiendo darse por extinguida la relación laboral tras la preceptiva comparecencia, con la subsiguiente condena de la empleadora a satisfacer los salarios dejados de percibir desde la notificación de la sentencia hasta la fecha en que se extinga el contrato laboral mediante resolución judicial (arts. 278 - 288 LRJS).

Apercíbase a dicha parte igualmente de que, aún en el caso de que recurra la sentencia, debe ejercitar la opción sin esperar a la firmeza (art. 110.3 LRJS)."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** Los demandantes han venido prestando servicios por cuenta de OMBUDS SERVICE, S.L. en los centros y equipamientos deportivos de la población de Lloret de Mar (Girona), con la categoría profesional de auxiliar de servicios y las siguientes circunstancias de antigüedad, jornada y salario mensual bruto con inclusión de pagas extraordinarias:

- DON Candido : 05/01/2014; jornada completa; 793,4€;
- DON Eusebio : 06/11/2014; 100 horas al mes; 487,78€;
- DOÑA Zulima : 16/04/2014; 120 horas al mes; 292,68 €

(Contratos de trabajo, hojas de salario, informes de vida laboral y bases de cotización, folios 361 a 500 y 503 a 548).

SEGUNDO.- La empresa OMBUDS SERVICE, S.L. tenía adjudicada la prestación del servicio consistente en la atención al usuario, conservación y mantenimiento de los equipamientos culturales y deportivos del Ayuntamiento de Lloret de Mar (Girona) (folios 239 a 281, no controvertido).

TERCERO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 09/02/2015, se va a aprobar el Pliego de condiciones económicas, administrativas y jurídicas que van a regir el procedimiento abierto, tramitación ordinaria, para la adjudicación del servicio de atención al público, conservación y mantenimiento de los equipamientos culturales y deportivos del Ayuntamiento de Lloret de Mar (folios 80 a 102).

Por Decreto del Ayuntamiento de Lloret de Mar de fecha 28/08/2015, ratificado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 25/08/2015, se adjudicó a la empresa MAGMACULTURA, S.L. el servicio de atención al público, conservación y mantenimiento de los equipamientos culturales y deportivos del Ayuntamiento de Lloret de Mar (folios 314 a 384).

En fecha 14-09-2015 se va suscribir,- entre el Ayuntamiento de Lloret de Mar y la empresa MAGMACULTURA, S.L.-, contrato administrativo de servicios mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria, consistente en conservación y mantenimiento de los equipamientos culturales y deportivos del Ayuntamiento de Lloret de Mar (folios 49 a 79).

CUARTO.- A partir del 1/10/2013, la empresa codemandada MAGMACULTURA, S.L. asumió la condición de contratista del servicio de atención al público, conservación y mantenimiento de los equipamientos culturales y deportivos del Ayuntamiento de Lloret de Mar que hasta ese momento ostentaba la empresa OMBUDS SERVICE, S.L. (folio 282, no controvertido).

QUINTO.- Por medio de sendas cartas de 21/09/2015 la empresa OMBUDS SERVICE, S.L. comunicó a los actores que con fecha 30/09/2015 finalizaba el contrato de trabajo suscrito con los mismos (folios 391, 421, 438, 468 y 483).

SEXTO.- Una vez remitidas las comunicaciones anteriores, los actores comparecieron ante la empresa MAGMACULTURA, S.L. donde realizaron una entrevista tras la cual se les manifestó que no reunían el perfil que estaban buscando (testifical Doña Hortensia , extrabajadora de la empresa OMBUDS SERVICE, S.L.).

SÉPTIMO.- La empresa MAGMACULTURA, para desarrollar el servicio de atención al público, conservación y mantenimiento de los equipamientos culturales y deportivos del Ayuntamiento de Lloret de Mar para el que fue contratada, ha incorporado a su plantilla parte del personal del que disponía OMBUDS SERVICE, S.L. para



prestar dichos servicios, en concreto 3 de los 11 trabajadores de la plantilla (folios 103 a 166 283 a 338, no controvertido).

OCTAVO.- No consta que ninguno de los demandantes ostente la condición de representante de los trabajadores.

NOVENO.- En fecha 16/10/2015 los demandantes presentaron papeleta de conciliación frente a las empresas OMBUDS SERVICE, S.L. y MAGMACULTURA, S.L. El acto de conciliación, celebrado el 05/11/2015 concluyó sin avenencia (folio 4)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, MAGMA Serveis Culturals S.L., que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado impugnaron, OMBUDS Servicios S.L., Candido , Eusebio y Zulima , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda en reclamación de despido improcedente formulada por los trabajadores Candido , Eusebio y Zulima frente a las empresas OMBUDS SERVICE, S.L. y MAGMACULTURA, S.L., declara improcedente el despido de los actores condenando a la empresa MAGMACULTURA, S.L. a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración de improcedencia, interpone, ahora, esta empresa recurso de suplicación que articula en base a dos motivos debidamente amparados en las letras b) y c) del artículo 193 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con finalidad de revisar los hechos declarados probados y examinar las normas sustantivas aplicadas, recurso que ha sido impugnado por la representación procesal de los actores y de la empresa OMBUDS SERVICE, S.L.

SEGUNDO.- En el primer motivo de su recurso interesa la empresa MAGMACULTURA, S.L. la adición al relato fáctico de un nuevo hecho del siguiente tenor literal:

"Las empresas codemandadas OMBUDS SERVICE, S.L. y MAGMACULTURA, S.L. rigen las relaciones laborales con sus trabajadores por sendos convenios colectivos de empresa vigentes.

El de OMBUDS SERVICE, S.L. publicado en el B.O.E. núm 296, de fecha 12 de Diciembre de 2006.

El convenio colectivo de MAGMACULTURA, S.L. publicado en el B.O.E. núm. 111, de 7 de mayo de 2014.

Ninguno de los dos citados Convenios colectivos de empresa regulan la materia de la subrogación empresarial".

Designa a tal efecto los documentos núm 1 del ramo de prueba de ambas empresas codemandadas (folios 29 a 48 y 207 a 213 de autos, respectivamente).

De conformidad a los criterios jurisprudenciales sobre la revisión de los hechos probados, la modificación del relato fáctico postulada por la recurrente mediante la adición de un nuevo hecho probado no ha de acogerse por cuanto lo pretendido ya consta recogido en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, resultan, en consecuencia, intrascendente la adición postulada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En trámite de censura jurídica de la sentencia de instancia denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en el artículo 3 del convenio colectivo de la empresa OMBUDS SERVICE, S.L. y artículo 1 del convenio colectivo de la empresa MAGMACULTURA, S.L., así como la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 1 y 50 del Convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio para los años 2012-2014, todo ello, en relación con lo regulado en los artículos 82 y ss del Título III del Estatuto de los Trabajadores . Aduce al efecto, en síntesis, que no resulta de aplicación al supuesto de autos el Convenio Colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio para los años 2012-2014 y, menos, el artículo 50 de dicha norma convencional que regula el tema de la subrogación de empresas, por cuanto ambas codemandadas se regulan por el convenio propio de empresa en los que no consta regulación alguna en materia de subrogación empresarial; añade a lo anterior con carácter subsidiario que, aún en el supuesto de que la norma sectorial fuera de aplicación, la codemandada empresa OMBUDS SERVICE, S.L. incumplió lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del citado como infringido artículo 50 al no suministrar a la recurrente la información y documentación necesaria a efectos de subrogación de los trabajadores afectados, así como respecto de la Comisión paritaria del Convenio debiendo pechar con las consecuencias legales derivadas de dicho incumplimiento según recoge la jurisprudencia que cita.



Así pues, la cuestión debatida se circunscribe a determinar si un convenio colectivo de empresa puede incidir, dejando sin efecto, lo resuelto en un convenio de ámbito sectorial, en relación a la obligación de subrogación de los trabajadores adscritos a una contrata, no encontrándonos en el presente caso ante una sucesión del art. 44 del ET, tanto en la modalidad clásica y originaria de transmisión de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva, que incluya activos materiales significativos, ni en la más moderna versión que con apoyo en los pronunciamientos del TJUE, incluye también los supuestos de sucesión de plantilla, esto es, cuando no existiendo propiamente cesión de activos materiales porque la actividad se goza básicamente en la prestación del servicio del que se trata, se asume por la empresa entrante toda o gran parte de la plantilla.

Pues bien, el art. 84.1 del ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, establece que: *"Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente"*.

El precepto antes citado recoge el principio de prohibición de concurrencia afectante entre convenios colectivos de ámbito distinto, de manera que un determinado convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por otro, esto es, su ámbito no podrá ser invadido por otro y su contenido no podrá ser alterado o modificado por otro. Las excepciones a tal regla general se contemplan en el propio precepto: los acuerdos o convenios marco a que se refiere el art. 82.3 del ET y la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto de determinadas materias, en los términos del art. 84.2 del ET, redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Lo que supone el principio de prohibición de concurrencia afectante entre convenios colectivos de ámbito distinto es una preferencia de paso u ocupación a favor del primer convenio. Su finalidad es, según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5522) (rec. 91/2007) "evitar que en el ámbito de aplicación territorial o funcional, cubierto por un convenio colectivo estatutario, se introduzca una nueva regulación negociada, que coincida en todo o en parte, con alguno de dichos ámbitos. De otro lado, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1560), rec. 228/2011 y las que en ella se citan del mismo Tribunal de 13 de noviembre de 2007, rec. 8/2007, y las anteriores de 8 de junio de 2005, rec. 100/2004 y 31 de octubre de 2003, rec. 117/2002, "el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de "ineficacia aplicativa".

Ahora bien, las previsiones del art. 84.1 del ET sólo son aplicables para el caso de concurrencia conflictiva, pero no cuando dicha concurrencia no es conflictiva, sino que es posible la aplicación de ambos convenios al no regular de forma contradictoria determinado aspecto de las relaciones laborales incumbidas.

En el presente caso, el ámbito funcional del convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio para los años 2012-2014 (DOGC de 07.01.13, EMO/2911/2012), indica en su artículo 1 lo siguiente: "El presente Convenio es de aplicación a las empresas y entidades privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos, afectos a la actividad deportiva y de ocio con sus trabajadores".

Por su parte, los convenios colectivos de las empresas codemandadas, tienen un ámbito funcional más heterogéneo, propio de empresas multiservicios, si bien, las actividades incluidas en los respectivos ámbitos funcionales de los convenios citados son coincidentes con el convenio sectorial, aunque la cuestión suscitada en este proceso, relativa a si procede la subrogación de los trabajadores de la empresa adjudicataria saliente por la empresa adjudicataria entrante, aparece regulada en un convenio, pero no en el otro.

Así, el art. 50 del convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio para los años 2012-2014, bajo el rótulo de "subrogación", establece una regulación destinada a garantizar y contribuir a la estabilidad en el empleo "mediante la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este convenio colectivo"

Y ello es así por cuanto el nivel idóneo de negociación para establecer previsiones en materia de subrogación es el convenio sectorial pues un convenio de ámbito empresarial no podría imponer la obligación de subrogación a un empresario no comprendido en su ámbito de aplicación, de ahí que el convenio de empresa de la recurrente (al igual que el de la empresa OMBUDS SERVICE, S.L.) nada diga sobre esta materia y se



establezca como excepción a la prohibición de concurrencia en el art. 84.2 del ET , que por ello hace irrelevante la circunstancia de prioridad temporal del convenio de empresa sobre el sectorial. Por lo que, siendo así que el art. 84.2 del ET , no incluye la subrogación convencional entre las materias en las que tendrá prioridad aplicativa el convenio de empresa sobre el sectorial, resultando de aplicación a la empresa recurrente este convenio al tratarse de una empresa que está incluida en el ámbito funcional del convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio, en cuyo art. 50 se establece de forma expresa la obligación de subrogación.

Finalmente, por lo que hace a la denuncia de infracción de lo establecido en el artículo 50 del tan citado convenio colectivo sectorial en orden a la obligación de la empresa saliente de facilitar la documentación necesaria a los efectos de subrogación de los trabajadores afectados que el propio convenio relaciona, es lo cierto que, tal como se encarga de recordar la Juzgadora "a quo", dicha norma convencional dispone que "en ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la subrogación, la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado la documentación, todo ello al margen de que la ahora recurrente -conforme a lo que consta en el hecho probado séptimo-, se subrogó en los contratos de tres trabajadores que prestaban servicios en la empresa OMBUDS SERVICE, S. L., por lo que bien pudo requerir a dicha empresa para que aportara la documentación, sin que pueda exonerarse ahora de sus responsabilidades aduciendo la falta de aportación de la documental reseñada en el citado artículo 50 y, en consecuencia, ha de rechazarse también este motivo y con ello el recurso en su totalidad.

CUARTO.- Desestimado el recurso de la empresa MAGMACULTURA, S.L. debe acordarse la pérdida del depósito constituido para recurrir así como de la consignación efectuada, al tiempo que procede la imposición a la recurrente de las costas devengadas en este trámite, que incluirán los honorarios de IA Abogada y Graduado Social impugnantes de su recurso, que la Sala fija en la cantidad de seiscientos euros para cada uno de ellos, todo ello, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 204.4 y 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa MAGMACULTURA, S.L. contra la Sentencia, dictada el 31 de Mayo de 2016, por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona , en los autos núm. 792/15, seguidos a instancia de Candido , Eusebio y Zulima contra las empresas OMBUDS SERVICE, S.L. y MAGMACULTURA, S.L., esta última ahora recurrente, en reclamación de despido y, en consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir así como de la cantidad consignada a la que se dará el destino legal y se condena a la empresa recurrente al pago de las costas del recurso, inclusive las de la Letrada y Graduado Social impugnantes de su recurso en la cuantía de seiscientos euros en concepto de honorarios para cada uno de ellos, todo ello a la firmeza de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.



La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.