



Roj: **STSJ CLM 2275/2017 - ECLI: ES:TSJCLM:2017:2275**

Id Cendoj: **02003340022017100322**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **05/10/2017**

Nº de Recurso: **1033/2017**

Nº de Resolución: **1204/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01204/2017

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 02003 44 4 2016 0001744

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001033 /2017

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000532 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Inocencio

ABOGADO/A: ENCARNA TARANCON PEREZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: PROMOCION DEPORTIVA AVANZADA, S.L., FONDO DE GARANTIA SALARIAL ,
COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE AGUASOL URBANIZACION AGUASOL

ABOGADO/A: JOSE LUIS GONZALEZ GONZALEZ, LETRADO DE FOGASA , MARTIN JESUS PEREZ SCHMIDT

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE)

RECURSO SUPLICACION Nº 1033/17

Magistrado/a Ponente: Ilma. Sra. Dª. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ



D^a. PETRA GARCÍA MÁRQUEZ

D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

En Albacete, a cinco de octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Il^lmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NO MBRE DE SM EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N^o 1204/17

En el Recurso de Suplicación número 1033/17, interpuesto por D. Inocencio , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete, de fecha veintiséis de enero de dos mil diecisiete , en los autos número 532/16, sobre Despido, siendo recurrido PROMOCIÓN DEPORTIVA AVANZADA SL, COMUNIDAD DE PROPRIARIOS URBANIZACIÓN000 y FOGASA.

Es Ponente la Il^lma. Sra. Magistrada D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Inocencio , asistido de la Letrada D^a Encarna Tarancón Pérez contra la empresa, Promoción Deportiva Avanzada, S.L. (Prodepor), asistida por el Letrado D. José Luis González González y contra la Comunidad de Propietarios Urbanización URBANIZACIÓN000 , asistida del Letrado D. Jesús Pérez Smidt, se acoge la excepción de falta de acción del demandante y DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a las demandadas de los alegatos y pedimentos formulados de adverso.

SEGUNDO .- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO.- La parte actora, D. Inocencio , con DNI n^o NUM000 venía prestando servicios para la empresa demandada, Promoción Deportiva avanzada, S.L. (Prodepor), con n^o de CIF B02454742, dedicada a la actividad deportiva, desde el 24 de junio de 2011 hasta la actualidad, ostentando la categoría profesional de Socorrista, con un contrato fijo discontinuo a jornada completa en los períodos de verano, prestando servicios en el centro de trabajo ubicado en Residencial Aguasol, con salario mensual conforme al III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE 2-10-2014) que asciende mensualmente a 994,10€ con inclusión de pagas extraordinarias, siendo abonado mensualmente mediante transferencia bancaria (documentos 3 y 4 del ramo de prueba de Prodepor, consistentes en contratos de trabajo suscritos entre las partes).

Asimismo el trabajador ostentaba la condición de fijo discontinuo a tiempo parcial del 27,5% de jornada durante el período de invierno, categoría de Monitor-Socorrista con un salario conforme al III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE 2-10-2014), convenio Colectivo aportado como documento n^o 12 al ramo de prueba de la parte actora y n^o 1 del ramo de prueba de la demandada Prodepor.

El trabajador tenía la condición de representante de los trabajadores en su empresa, siendo elegido como delegado de personal en el mes de julio de 2015.

SEGUNDO.- La prestación de servicios como trabajador indefinido fijo discontinuo para desarrollar trabajos de socorrista en verano se formalizó a través de un contrato indefinido en el que se indicaba que "El contrato se concierta para realizar trabajos periódicos de carácter discontinuo consistentes en trabajos de socorrismo en las piscinas de verano dentro de las actividad cíclica intermitente de socorrismo de verano cuya duración será de dos meses".

Durante las cinco temporadas que duró su relación laboral con la empresa Promoción Deportiva Avanzada, S.L. en las piscinas de verano, siempre prestó sus servicios en las piscinas de la Urbanización de URBANIZACIÓN000 , junto a otro trabajador, D. Segismundo .

El Sr. Inocencio inició en el año 2015 distintos procesos judiciales contra la empresa demandada por diferencias salariales, presentando papeletas de conciliación con fechas 30 de junio y 30 de julio de 2015 (documentos números 3 a 5 del ramo de prueba de la parte actora).

Iniciada la temporada de invierno 2015-2016, con fecha 19 de septiembre de 2015, la empresa demandada procedió al llamamiento de la práctica totalidad de trabajadores que venían siendo contratados habitualmente, pero no al demandante, que interpuso demanda por despido y vulneración de derechos fundamentales documento n^o 8 del ramo de prueba de la parte actora), que finalizó por Acta de Conciliación Judicial celebrada



el 18 de febrero de 2016, en el Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete, en los autos 732/2015; desistiendo expresamente el demandante de la acción de vulneración de derechos fundamentales y reconociendo la empresa la improcedencia del despido, optando D. Inocencio por la readmisión (documento nº 9 del ramo de prueba de la parte actora).

TERCERO.- La empresa demandada mediante escrito de fecha 22 de junio de 2016 comunicó al demandante la subrogación de la URBANIZACIÓN000 del servicio de socorrismo (documento nº 1 del ramo de prueba de la parte actora y grupo de documentos nº 2 del ramo de Prodepor): *"Por medio de la presente se le informa a D. Inocencio , con DNI NUM000 , conforme previene el artículo 25 del Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasio , de aplicación, que esta entidad, Promoción Deportiva Avanzada, S.L.U. no sigue en este ejercicio de verano con el contrato de verano de la Piscina de la Comunidad de Propietarios de URBANIZACIÓN000 , donde viene prestando usted sus servicios desde su ingreso en la empresa, el 24 de junio de 2011. Le informamos que la nueva adjudicataria del servicio, según se nos ha informado es la URBANIZACIÓN000 , con domicilio en Albacete, CARRETERA000 , km NUM001 . Entidad que ha de subrogarse en su contrato de trabajo, por lo que a la misma se ha de dirigir a tales efectos. URBANIZACIÓN000 ha sido informada de todo lo expuesto y de la obligación de subrogarse en su contrato de trabajo" . D. Inocencio no se incorporó a la piscina de la URBANIZACIÓN000 , el día 24 de junio de 2016.*

La misma comunicación le fue remitida al otro socorrista que prestaba sus servicios en la piscina de la URBANIZACIÓN000 , D. Segismundo (grupo de documentos nº 2 del ramo de prueba de Prodepor), trabajador que si se incorporó a prestar sus servicios a dicha piscina después de la subrogación.

La empresa demandada, Promoción Deportiva Avanzada, S.L.U. informó a la Comisión Mixta Paritaria, que *habiendo sido informada que la URBANIZACIÓN000 era la nueva adjudicataria del contrato de servicio de "Piscina de verano de la Comunidad de Propietarios de URBANIZACIÓN000 " con CIF nº NUM002 , los trabajadores que han de subrogar para prestar servicios en dicha instalación eran, D. Inocencio y D. Segismundo , que desde el 24 de junio de 2011 venían realizando el servicio de socorristas de verano en dicha URBANIZACIÓN000 " . Se hacía constar en la comunicación que los trabajadores habían sido informados de lo expuesto (documento nº 2 del ramo de prueba de Prodepor).*

La Comunidad de Propietarios de URBANIZACIÓN000 durante el tiempo que mantuvo el contrato con Prodepor únicamente tenía contratado con ésta el servicio de vigilancia de las piscinas de sus instalaciones, no así el mantenimiento de éstas.

El artículo 25 del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE 2-10-2014), regula la subrogación del personal y establece: Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios publicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ambito funcional de este Convenio Colectivo, se llevara a cabo en los terminos indicados en el presente articulo.

No obstante, se acuerda de forma expresa que lo establecido en este articulo solo sera de aplicación para aquellas situaciones previstas en el mismo que nazcan y tengan sus efectos despues de su publicación en el Boletin Oficial del Estado del presente convenio.

En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del trabajador a la nueva adjudicataria.

En lo sucesivo, el termino «contrata» engloba con caracter generico cualquier modalidad de contratación, tanto con entidades de titularidad publica como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo publico.

I. La absorción del personal sera de obligado cumplimiento para las empresas, siempre y cuando se de alguno de los siguientes supuestos:

a) Finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa, que unia a una empresa con el titular publico o privado de las instalaciones deportivas o el promotor de actividades socio-deportivas, produciendose la sustitución por cualquier otra empresa, por los siguientes motivos:

Por finalización total, es decir, por el cese o termino de todas las actividades que venia realizando la empresa concesionaria o contratada.

Por finalización parcial, es decir, por el cese o termino de algunas de las actividades que venian realizando la empresa concesionaria o contratada, continuando desempeñando la misma, el resto o alguna de las actividades contratadas o concedidas hasta ese momento.



b) Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular tanto publico como privado de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio- deportivas, de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento, pudiendo ser:

Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión total respecto de todas las actividades que venia realizando la empresa concesionaria o contratada.

Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión parcial, es decir respecto de algunas de las actividades que venian realizando la empresa concesionaria o contratada, continuando desempeñando la misma, el resto o alguna de las actividades contratadas o concedidas hasta ese momento.

II. En todos los supuestos de finalización, suspensión, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata -asi 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, los trabajadores de la empresa saliente pasaran 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 esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada.

No obstante lo indicado en el presente capitulo, como norma general, seran validos y de aplicación los pactos o acuerdos, individuales o colectivos que afecten al Centro de Trabajo debidamente justificados, suscritos entre las empresas afectadas y los trabajadores, sus respectivos representantes legales o con los Sindicatos con representación en el Sector para negociar segun lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, siempre que se hayan acordado con una antelación de cinco meses a la fecha cierta de subrogación del concesionario y se haya comunicado con el mismo plazo a la Comisión Paritaria, salvo que esta pueda tener conocimiento por su publicación en boletines oficiales. Asimismo se mantendran los plazos establecidos en los convenios colectivos de ambito inferior, siempre y cuando respeten los contenidos minimos regulados en el presente capitulo.

Se producira la mencionada subrogación de personal, siempre que se den alguno de los siguientes supuestos:

a) Trabajadores en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad minima de los cinco ultimos 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.

b) Los trabajadores en activo que realizando su jornada laboral en mas de un centro de trabajo de una empresa y uno de los centros se vea afectado por la subrogación, sera la empresa entrante la que aplicara los derechos de subrogación definidos en el presente convenio colectivo en función de la jornada y de las funciones que el trabajador viniera realizando en el centro de trabajo afectado por la subrogación con anterioridad a los cinco ultimos meses antes de la fecha de finalización del contrato o concesión.

c) Trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo que, en el momento de la finalización efectiva de la contrata, tengan una antigüedad minima de cinco meses en la misma y/o aquellos que se encuentren en situación de I.T., excedencia, vacaciones, permisos, maternidad, suspensión legal del contrato o situaciones analogas, siempre que se cumplan el requisito ya mencionado de antigüedad minima.

d) Trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado c), con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato.

e) Trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la contrata como consecuencia de una ampliación de plantilla en los cinco meses anteriores a la finalización de aquella.

III. Trabajadores que ostenten cargos de representación, sea unitaria o sindical: Dado que los representantes de los trabajadores y los delegados sindicales pueden ser de empresa y de centro de trabajo, en caso de subrogación de contratas, la subrogación de la nueva empresa respecto de estos trabajadores se realizara teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Representantes de los trabajadores, sean de caracter unitario o sindical, que hubieran sido elegidos con motivo de un proceso electoral que afectó al centro de trabajo o designados por la organización sindical a la que representan y se mantuviesen los minimos legales para el mantenimiento de la figura de Delegado Sindical, y sean objeto de subrogación: conservaran su condición y cargo y los mismos derechos y garantías que tuvieran reconocidos en la empresa concesionaria saliente hasta el final de su mandato.

b) Los Delegados sindicales que trabajen en el centro de trabajo afectado por la subrogación, cuando sean necesariamente incorporados a la plantilla del nuevo adjudicatario y en el mismo no se dieran los minimos legales para el mantenimiento de esta figura de representación sindical, seran subrogados manteniendo las



garantías establecidas en el artículo 68, apartados a) y c), del Estatuto de los Trabajadores por un periodo mínimo de un año.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en materia de representación sindical y de las decisiones que sobre esta materia determinen los Sindicatos con representación en la empresa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Organica de Libertad Sindical.

IV. Excepciones a la aplicación de la subrogación prevista en el presente artículo.

La subrogación de personal establecida en el presente artículo, no sera de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Trabajadores que hayan sido trasladados por la empresa saliente desde otros Centros de trabajo de los que fuera titular dicha empresa en los últimos cinco meses respecto de la finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa. En este caso, los trabajadores tendran derecho a volver a ocupar el puesto de trabajo que tenían en el centro de trabajo de la empresa saliente, anterior a su traslado, sin que sean objeto de subrogación por la empresa entrante.

2. En ningún caso operara la subrogación prevista en el presente artículo cuando en la instalación objeto de concesión, cesión o contrato de arrendamiento de servicios se produzca el cierre o cese definitivo de las actividades que en la misma se desarrollaban, sin que por tanto sean llevadas a cabo por ninguna otra empresa, ni por su titular.

3. A los efectos previstos en este artículo no tendran la consideración de trabajadores y, por tanto, no seran objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aun cuando vinieran prestando servicios directa y personalmente en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista.

CUARTO.- El artículo 1 del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios referido establece el ámbito funcional del mismo señalando expresamente que dicho convenio "...es de aplicación y regula las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que tengan por objeto o actividad económica la oferta y/o prestación de servicios relacionados con el ejercicio físico. Se incluyen entre estos servicios, la práctica física deportiva, de manera amateur, voluntaria o profesional; la práctica física recreativa o de ocio deportivo, ya sean fines lúdicos, ya sean con fines didácticos o con ambos a la vez, así como la vigilancia acuática...".

La Comunidad de Propietarios URBANIZACIÓN000 según sus Estatutos (documento nº 5 del ramo de prueba de la Comunidad de Propietarios) tiene entre sus fines, artículo 3.1 c) *Promover, organizar y apoyar toda clase de actividades culturales, sociales, recreativas, deportivas, y, en general, todo aquello que pueda redundar en beneficio de las buenas relaciones entre todos los propietarios, sus familiares y amigos, y que contribuyan a hacer la vida más agradable en el complejo residencial de la urbanización. Y en el apartado 2 dispone : Para el cumplimiento de los indicados fines, la Comunidad de Propietarios llevará a cabo todas las gestiones y actuaciones que sean necesarias ante toda clase de entidades públicas o privadas, entidades de crédito o personas particulares; pudiendo solicitar auxilios económicos, contraer préstamos u otros compromisos, prestar avales, y en general, cuantas operaciones o contratos requiera para la consecución de sus fines y que tiendan al interés general de los propietarios.*

La Comunidad de Propietarios URBANIZACIÓN000 cuenta en sus instalaciones con dos piscinas comunitarias (una de mayores y otra de niños) que dan servicio a la Comunidad y en la que en los meses de verano se han organizado cursos de verano de fútbol, natación y durante la temporada de verano tenía contratada a la empresa Prodepor, prestando los servicios de Socorristas desde el año 2011, los trabajadores de dicha empresa D. Inocencio y D. Segismundo , que se dedicaban a la vigilancia acuática de la piscina, perdiéndose esta piscina en el año 2015, por lo que se produjo la subrogación de los dos trabajadores en junio de 2016 a la Comunidad de Propietarios URBANIZACIÓN000 , en las mismas condiciones que tenían en Prodepor, con los mismos derechos y obligaciones; no acudiendo a su puesto de trabajo en la piscina de URBANIZACIÓN000 el día 24 de junio de 2016, D. Inocencio .

La Comunidad de Propietarios URBANIZACIÓN000 , ante la no incorporación de D. Inocencio el día 24 de junio, al que había dado de alta en Seguridad Social, procedió con fecha 30 de junio de 2016 a despedir al Sr. Inocencio por la comisión de una infracción de carácter muy grave conforme al artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 43 del Convenio estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios que lleva aparejada la sanción de despido (documento nº 4 del ramo de prueba de la URBANIZACIÓN000 , que se da aquí por reproducido).



CUARTO.- La parte actora considera que existe un despido que es nulo, al entender que el no llamamiento del demandante por parte de Prodepor para realizar trabajos de socorrismo en las piscinas de verano desde el 24 de junio de 2016, conlleva la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, en su vertiente de garantía de indemnidad, motivado por el hecho de haber formulado con fecha 30 de junio y 30 de julio de 2015, respectivamente, dos reclamaciones de cantidad frente a la empresa demandada, en las que se reclamaban diferencias salariales y abono de horas extraordinarias y posteriormente, demanda por despido que dio lugar a los autos 732/15 del Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete.

Relaciona también la parte actora que el no llamamiento del demandante se encuentra relacionado con su nombramiento como delegado de personal en la empresa, al haber mantenido diversas reuniones y conversaciones para exigir la aplicación del convenio colectivo del sector y poner de manifiesto otras irregularidades, por lo que considera vulnerado el derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28 de la Constitución Española .

QUINTO.- En el año 2015, la empresa Prodepor perdió el contrato de las piscinas de Alatoz, Club de Tenis, CASA000 , Urbanización AVENIDA000 NUM003 , URBANIZACIÓN001 , URBANIZACIÓN002 , Urbanización Manzana NUM004 , URBANIZACIÓN000 y DIRECCION000 y en ese año contratan dos piscinas nuevas, Minaya y Povedilla (documento nº 5 de ramo de prueba de Prodepor).

En el año 2016 la empresa Prodepor contrató a 13 personas nuevas y 21 causaron baja, unos voluntariamente, otros no fueron llamados y otros por no querer ser reubicados (documento nº 5 ramo de prueba de Prodepor).

SEXTO.- La parte actora interpuso reclamación administrativa previa, con fecha 18 de julio de 2014 (documento nº 1 de la demanda) frente al despido de la empresa Promoción Deportiva Avanzada S.L. (Prodepor).

TERCERO .- Que, en tiempo y forma, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO : El juzgado de lo social nº 1 de Albacete dictó sentencia de 26-1-17 por la que desestimaba la demandada en materia de despido. Contra tal resolución se alza en suplicación la parte actora y ahora recurrente, esgrimiendo con correcto amparo procesal, un único motivo dedicado a la revisión del derecho aplicado al amparo de la letra c/ del art. 193 de la LRJS , invocando a tal efecto la infracción de los arts. 55.4 y 55.5 del ET , así como arts. 1 y 25 del III Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE 2-10-2014), en relación al art. 82.3 del mismo ET , por entender que debió calificarse como nulo, o subsidiariamente improcedente, el despido acordado en su día por la codemandada "Promoción Deportiva Avanzada SL".

La decisión del recurso así planteado, hace necesario un breve resumen de los hechos y antecedentes relevantes para el caso. Por lo que ahora interesa, el trabajador venía prestando sus servicios desde junio de 2011 por cuenta de la mercantil "Promoción Deportiva Avanzada SL" (Prodepor), en virtud de un contrato indefinido, fijo discontinuo, con categoría de socorrista, estando adscrito desde entonces en las consecutivas temporadas de verano, al servicio de socorrismo que tenía contratada la Comunidad de Propietarios de URBANIZACIÓN000 para la atención de las piscinas de sus instalaciones, y que realizaba junto con otro trabajador de la misma empresa.

Como quiera que la indicada comunidad de propietarios dejara sin efecto su vinculación con Prodepor, la empresa empleadora comunicó a los dos trabajadores adscritos, y en concreto al actor recurrente mediante carta de 22-6-16, que procedería a su subrogación la URBANIZACIÓN000 a partir del 24-6-16, resultando que el demandante no se incorporó al servicio, aunque sí lo hizo el otro socorrista. Por tal causa, la comunidad de propietarios, que había dado de alta en seguridad social al actor, le comunicó su despido disciplinario el día 30-6-16 por falta de asistencia al trabajo.

Ante la referida situación, el trabajador demandante no ejercita acción alguna frente a la comunidad de propietarios en la que se instó su incorporación por subrogación empresarial, sino exclusivamente frente a Prodepor, por entender que no siendo aplicable a la primera el art. 25 del III Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE 2-10-2014), no se le podía imponer las consecuencias de una pretendida subrogación empresarial, y por ello la decisión de su empleadora, debía calificarse como un despido. En consecuencia, la decisión del caso depende en gran medida, de dilucidar si el reseñado convenio



colectivo, resultaba o no aplicable a la indicada comunidad de propietarios., porque de serlo, el trabajador no podría negarse a la sustitución de la empleadora, mientras que en caso contrario, nos encontraríamos ante una cesión de contrato que requeriría inexcusablemente el consentimiento del demandante.

Centrados así los términos del debate, debemos realizar todavía una precisión previa, para resaltar que nos encontramos ante un caso en el que la comunidad de propietarios rescinde la contrata que mantenía con Prodepor, pero no para asumir el servicio con sus propios medios, sino para aprovechar subrogarse en las relaciones laborales de los dos trabajadores adscritos, decisión, como ya dijimos, aceptada por uno de ellos, pero no por el demandante. Esto es, no resulta aplicable al caso la jurisprudencia sentada en la STS de 17 de junio de 2011 (rec. núm. 2855/2010) igualmente invocada en el recurso, que se refiere exclusivamente a los casos de rescisión de contrata y asunción del servicios con los propios medios, en los cuales no cabe aplicar el convenio colectivo del sector al que corresponda el servicio revertido, tal como por cierto, tenemos dicho en esta misma sala y sección de manera reiterada, aplicando la indicada jurisprudencia, sentada ya en anteriores resoluciones.

Dicho esto, el art. 1 del III Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 2-10-2014), establece lo siguiente: " *El presente Convenio es de aplicación y regula las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que tengan por objeto o actividad económica la oferta y/o prestación de servicios relacionados con el ejercicio físico. Se incluyen entre estos servicios, la práctica física deportiva, de manera amateur, voluntaria o profesional; la práctica física recreativa o de ocio deportivo, ya sean fines lúdicos, ya sean con fines didácticos o con ambos a la vez, así como la vigilancia acuática* ". Y acto seguido señala que las actividades o servicios podrán prestarse: " *En gimnasios o en instalaciones, establecimientos, locales, clubes de natación, deportivos, tenis, etc. de titularidad pública o privada, equipados o habilitados para desarrollar la actividad empresarial antes indicada* ".

Por su parte, y tal como se informa en los inatacados hechos probados de la sentencia de instancia, los estatutos de la comunidad de propietarios de la URBANIZACIÓN000 , incluye entre sus fines, " *promover, organizar y apoya toda clase de actividades culturales, sociales, recreativas, deportivas, y en general todo aquello que pueda redundar en beneficio de las buenas relaciones entre todos los propietarios, sus familiares y amigos... para el cumplimiento de los indicados fines, la comunidad de propietarios llevará a cabo todas las gestiones y actuaciones que sean necesarias ante toda clase de entidades públicas o privadas, entidades de crédito o personas particulares; pudiendo solicitar auxilios económicos, contraer préstamos otro compromisos, prestar avales, y en general, cuantas operaciones o contratos requiera para la consecución de sus fines y que tiendan al interés general de los propietarios* ".

Al poner en conexión el ámbito funcional del convenio colectivo aplicado, con el objeto social de la comunidad de propietarios, se deriva una primera consecuencia. Que no puede servirnos tampoco de inspiración (y solo de esto, al carecer de cualquier valor vinculador), como se pretende en el recurso, la respuesta de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, dada el 21 de febrero de 2008 en el expediente NUM005 . Ello se debe a que las tareas que desarrollaban los trabajadores en aquel caso, consistían en " *recepción de usuarios, administración de uso y disfrute, mantenimiento general y limpieza de las instalaciones (jardines, piscinas, zonas deportivas, salas de actividades, vestuarios, aseos, etc.), vigilancia del cumplimiento de las normas, limpieza, así como cualquier otra necesaria para posibilitar que los usuarios puedan usar y disfrutar de las actividades que se programen en cada momento* ". Entre las cuales, como puede comprobarse, no había ninguna directamente relacionada con la actividad deportiva, sino más bien con el mantenimiento de las mismas y atención a usuarios, y de hecho las categorías profesionales de los trabajadores adscritos eran las de " *coordinador, recepcionista, socorrista, mantenimiento y limpieza* ". Y aunque como puede comprobarse, entre las categorías se contaba con un socorrista, el conjunto de la actividad considerada, que se mostraba desconectada de la práctica deportiva, impedía incluir la misma en cualquiera de los dos convenios que se mencionaban en la consulta, el Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, o el de Empresas y Entidades que gestionan Equipamientos y Servicios Públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio.

Por el contrario, el caso que nos ocupa a nosotros en este momento es distinto y presenta una significación propia, en cuanto la urbanización considerada cuenta con dos piscinas, atendidas por socorristas, en el marco de actividades deportivas y lúdicas, que incluyen como también se dice, la organización de cursos de natación y fútbol en la temporada de verano. Esto es, la comunidad de propietarios de la urbanización, cuenta de manera innegable, primero, con instalaciones deportivas, y segundo, con una organización estacional para darles uso colectivo. Este primer factor debe ponerse en conexión con la descripción funcional del convenio ya vista, que se refiere empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, que desarrollen tanto el " *objeto* " como la " *actividad económica* " descritos, de manera que no parece necesario para la inclusión en el ámbito funcional del convenio, que se trate de una organización empresarial que desarrolle una actividad económica en el ámbito del mercado, sometida a la ley de la oferta y la demanda, con objeto de obtener beneficios.



La anterior constatación, derivada de la interpretación del art. 1 del convenio en cuestión, queda plenamente refrendada por el art. 4, cuando declara expresamente: " *Quedan comprendidos, igualmente, en este Convenio los trabajadores que presten funciones características de las actividades reguladas por el ámbito funcional de este convenio en colegios, círculos de recreo, hoteles, balnearios, clínicas, etc* ", refiriéndose por tanto también a otro tipo de negocios no relacionados directamente con la actividad deportiva, pero que las ofrezcan a sus clientes (hoteles o clínicas p. ej.), así como entidades que como una comunidad de propietarios, no tienen por qué constituir una actividad empresarial (círculos de recreo), y dejando abierta la inclusión de otro tipo de empleadores, entre los que puede incluirse de manera natural y sin mayores esfuerzos, el que ahora se valora.

En fin, debemos concluir, como es hizo en la instancia, que el convenio considerado, de instalaciones deportivas y gimnasios, era aplicable a la actividad consistente a la gestión de las piscinas de la comunidad de propietarios de la urbanización, y por ello, era de aplicación del art. 25 del reseñado, que establece la subrogación del personal entre empresas que se suceden en el servicio. Por otro lado, no objetamos óbice alguno derivado de la eventual representación de la empresa en las unidades de negociación del convenio. En efecto, una cosa es que un convenio colectivo no pueda hacerse efectivo frente a colectivos empresariales no representados en las negociaciones, y que generalmente han intervenido en otros ámbitos negociadores, y otra muy distinta que deba valorarse si una empleadora se encuentra o no incluida en las definiciones funcionales del convenio, cuando no consta su adscripción a ninguna asociación empresarial que haya participado en procesos negociadores.

La consecuencia de lo anterior, es que la comunicación de la empresa saliente al trabajador en el sentido de que quedaba subrogado por la comunidad de propietarios, era ajustada a derecho en cuanto amparada por el convenio aplicable, y no puede ser calificada como un despido.

Para terminar, tampoco resultan útiles las alegaciones del recurso relativas a que otros trabajadores que estaban adscritos a servicios también rescindidos, fueron recolocados por la empresa saliente. En efecto, si dicho argumento pudiera tener una cierta autonomía conceptual, al margen de la calificación de un despido inexistente, debemos recordar las afirmaciones de la sentencia de instancia, contenidas tanto en los hechos probados como con igual valor fáctico impropio, en sus fundamentos de derecho, a cuyo tenor en el año 2016 se dieron de baja más trabajadores que los contratados (21 frente a 13), y la reubicación del demandante no era posible en cuanto solo trabajaba como socorrista (que era el puesto existente en URBANIZACIÓN000), mientras que los servicios disponibles incluían también las tareas de mantenimiento.

En definitiva, procede la desestimación del recurso, con conformación de la decisión combatida.

Vistos además de los citados, los demás preceptos de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Inocencio contra la sentencia dictada el 26-1-17 por el juzgado de lo social nº 1 de Albacete , en virtud de demanda presentada por el indicado contra la mercantil "Promoción Deportiva Avanzada SL" y contra la "Comunidad de Propietarios de URBANIZACIÓN000 " , y en consecuencia confirmamos la reseñada resolución . Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1033 17**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público 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, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá



ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ