



Roj: **STSJ AS 37/2019 - ECLI: ES:TSJAS:2019:37**

Id Cendoj: **33044340012019100030**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **2464/2018**

Nº de Resolución: **36/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00036/2019

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33037 44 4 2018 0000142

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002464 /2018

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000139 /2018

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña EUREST COLECTIVIDADES SL, ARAMARK SERVICIOS CATERING

ABOGADO/A: IGNACIO DE MIGUEL ESTEVEZ, DAVID RUIZ CORTES

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: EUREST COLECTIVIDADES SL, ARAMARK SERVICIOS CATERING , Herminia

ABOGADO/A: IGNACIO DE MIGUEL ESTEVEZ, DAVID RUIZ CORTES , LAURA FERNANDEZ FERNANDEZ

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Sentencia nº 36/19

En OVIEDO, a quince de enero de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002464 /2018, formalizado por el Letrado D. Ignacio de Miguel Estévez, en nombre y representación de EUREST COLECTIVIDADES SL, y D. David Ruiz Cortés, en nombre y representación de ARAMARK SERVICIOS CATERING, contra la sentencia número 317 /2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de MIERES en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000139 /2018, seguidos a instancia de Herminia frente a EUREST COLECTIVIDADES SL, ARAMARK SERVICIOS CATERING, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Herminia presentó demanda contra EUREST COLECTIVIDADES SL, ARAMARK SERVICIOS CATERING, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 317 /2018, de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciocho

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- La actora, Herminia, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa EUREST COLECTIVIDADES S.L. [EUREST], en el centro de trabajo de la Residencia de Mayores de Sotiello-Moreda, Aller, propiedad del Organismo Autónomo dependiente de la Administración del Principado, Establecimientos Residenciales de Ancianos de Asturias [ERA]. Posee la trabajadora, vinculada con contrato indefinido, una antigüedad reconocida a fecha de 17 de abril de 2013, y una categoría profesional de Cocinera. Desarrollaba jornada parcial de 33 horas semanales. Cesó la relación de servicios por cuenta de EUREST el 15 de diciembre de 2017.

2º.- A virtud de la resolución de procedimiento de licitación acordado por el ERA para la contratación de servicios de alimentación, comedor y cafetería con destino en los diversos centros residenciales adscritos al Organismo Autónomo, a partir del 16 de septiembre de 2017 la empresa ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L. [ARAMARK] se hizo cargo de la prestación del servicio anteriormente desempeñado por EUREST en la residencia de Moreda, procediendo a subrogarse en la situación de aquella mercantil, asumiendo a la trabajadora actora, así como al resto de la plantilla que desempeñaba servicios en dicho centro a virtud de la referida contrata en su día otorgada a EUREST.

3º.- La empresa Eurest tiene por objeto social la Servicios de comida transportada desde cocinas centrales a cualquier clase de centro, comercio, institución o domicilio [...] particulares. Suministro de toda clase de materias primas a cualquier tipo de centros... y otras.

4º.- La empresa Aramark tiene por objeto social: Prestación de servicios de gestión y asesoramiento y tenencia e inversión de activos financieros y de cualquier otro tipo [...] obligaciones, acciones, a excepción de las actividades reservadas a entid. invers. Colectiv. etc. Negocio de servicio de comidas para colectividades consistente en la preparación y suministro de comidas a grupos, colegios, hospitales. Prestación de servicios de lavandería y jardinería para colectividades etc. Las actividades de vending, esto es, la venta de bebidas y productos alimenticios.

5º.- El art. 2 del Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva [BOE 22/03/2016], con vigencia desde el 1 de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2018 dispone:

" De acuerdo con lo previsto en el artículo 59.1 del Acuerdo Laboral Estatal de la Hostelería el ámbito de aplicación funcional será el de las empresas y trabajadores del sector de Restauración Colectiva. Se entiende por servicio de restauración colectiva, aquél que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo <<cliente>> o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad, dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación. Asimismo se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este capítulo los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de restauración colectiva. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación

las actividades de catering aéreo así como la hostelería tradicional que se presta en espacios destinados al transporte (aeropuerto, estaciones de autobuses, estaciones ferroviarias, etc).

Son de restauración colectiva las empresas que, mediante un contrato o una concesión administrativa, sirvan comidas y/o bebidas a contingentes particulares y no al público en general. Así como las diversas unidades de gestión anexas abiertas al público que la contrata, concesión o contrato de prestación incluya si fueran auxiliares de aquélla".

6º.- El Convenio Colectivo Nacional de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal define su ámbito funcional [ars. 1 y 3] señalando que: está constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de la atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda a domicilio y tele asistencia. Todo ello cualquiera que sea su denominación y con la única excepción de aquellas empresas cuya gestión y titularidad correspondan a la administración pública.

Igualmente quedan afectadas por este Convenio las divisiones, líneas de negocio, secciones u otras unidades productivas autónomas dedicadas a la prestación del servicio del ámbito funcional, aun cuando la actividad principal de la empresa en que se hallen integradas sea distinta o tenga más de una actividad perteneciente a diversos sectores productivos.

Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Convenio las empresas que realicen específicos cuidados sanitarios como actividad fundamental, entendiéndose esta exclusión, sin perjuicio de la asistencia sanitaria a las personas residentes y usuarias, como consecuencia de los problemas propios de su edad y/o dependencia.

Ámbito personal. Queda comprendido en el ámbito del presente Convenio el personal que presta sus servicios en las empresas afectadas por el mismo.

Queda expresamente excluido el personal que preste sus servicios en centros y/o empresas cuya titularidad y gestión corresponda a la administración pública.

7º.- En el año 2017 percibió la actora como salario base la cantidad de 804,06 €.

El salario base establecido en el Convenio de Restauración Colectiva para dicha anualidad es de 967,84 €.

EUREST abonó dos pagas extraordinarias de junio y diciembre en cuantía de 819,17 €, en los términos que obran a los folios 300 y 301.

El importe de la paga extraordinaria de Santa Marta correspondiente al año 2017 establecido en el Convenio de Restauración Colectiva asciende a 849,64 €.

8º.- En el periodo comprendido entre el 1/01/18 al 31/03/18 la actora percibió como salario base la cantidad de 804,16 €.

El salario base establecido en el Convenio de Restauración Colectiva para esta anualidad es de 980,42 €.

9º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 12 de enero de 2018, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 26 con el resultado de intentado sin avenencia; tuvo entrada escrito de demanda en este Juzgado el 19 de febrero de 2018.

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

" Que estimando en parte la demanda deducida por Herminia contra Eurest Colectividades SL y la empresa Aramark Servicios de Catering SL, debo declarar y declaro haber lugar parcialmente a ella, condenando, en consecuencia, a la demandada Eurest a que abone a la actora la cantidad de 3.182,48 euros; y a la demandada Aramark Servicios de Catering SL a que abone a la actora la cantidad de 658,93 euros; declarando así mismo la responsabilidad solidaria de esta última empresa por la cantidad a la que es condenada la empresa Eurest Colectividades SL; y desestimando el resto de lo pretendido en demanda, de lo que se absuelve a las interpeladas".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por EUREST COLECTIVIDADES SL, ARAMARK SERVICIOS CATERING formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 22 de octubre de 2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 5 de diciembre de 2018 para los actos de votación y fallo.



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda de la actora y condena a la empresa codemandada Eurest a que le abone 3.182,48 euros y a la empresa Aramark Servicios de Catering SL al abono de 658,93 euros, declarando asimismo la responsabilidad solidaria de esta última por la cantidad a la que es condenada la empresa Eurest y frente a la misma las dos empresas demandadas interponen recurso de suplicación.

En estos casos en que son dos (o más) las partes recurrentes aunque no exista una previsión normativa al respecto en la norma procesal laboral sobre el orden en que debe darse repuesta a los mismos, cuando se formaliza más de un recurso contra la misma Sentencia, entiende esta Sala que, conforme a una solución procesalmente lógica y razonable, acorde a la efectividad de la tutela judicial y la celeridad (*artículo 24,1 CE* , *artículo 74,1 LRJS*), debe de procederse del siguiente modo: a) Si ninguno de ellos plantea un motivo solicitando la nulidad de la misma, ni tampoco ningún motivo intentando la revisión de los hechos que hayan sido declarados probados, se deberá dar contestación a los mismos por su orden cronológico de formalización, conforme al criterio que al respecto se haya seguido por el Juzgado de lo Social de procedencia; b) Si en alguno de los recursos se ha planteado algún motivo, amparado en el *apartado a) del artículo 193 LRJS* de 10-10-11, realizando denuncia de existencia de infracción procesal causante de indefensión , que lleva aparejada, en caso de su estimación, la nulidad de la Sentencia de procedencia (*artículo 200,1 LRJS*), debe darse respuesta prioritaria en primer lugar a tal recurso, empezando por ese motivo; c) Si en más de un recurso se realiza tal denuncia de infracción procesal se deberá dar respuesta a tales motivos de cada uno de ellos igualmente por su orden cronológico de formalización, toda vez que, como se ha indicado, de estimarse la existencia de tal infracción procesal grave causante de indefensión , en cuanto que se debe acordar la nulidad en ese caso, reponiendo los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, con anulación de la Sentencia, y si la infracción se produjo en el acto de juicio, retrotrayendo lo actuado al momento de su señalamiento (*artículo 200,1 LRJS* citado), ya no cabrá dar respuesta al resto de los motivos que se hayan formulado en los respectivos recursos formalizados; d) Si se da una contestación negativa a tales motivos, o si estos no existieran, se deberá dar entonces respuesta con preferencia al motivo -o motivos- de cada uno de los recursos presentados que vayan encaminados a conseguir la modificación de los hechos tenidos como probados, por su orden de formalización, puesto que, en definitiva, el contexto fáctico del litigio es uno para todas las partes, y por tanto, de cómo finalmente quede el relato de hechos dependerá la adecuada subsunción normativa de los mismos en el derecho que se considere aplicable, teniendo en cuenta que, todas las partes, han podido intervenir en su impugnación; e) Finalmente, procederá dar respuesta razonada a los motivos de cada recurso dedicados al examen del derecho aplicado al fondo del asunto, igualmente por su orden de presentación, o una respuesta conjunta a todos ellos, si así fuera posible, en aras de una más adecuada metodología y de celeridad resolutoria, componente esencial de la efectividad de la tutela judicial (nuevamente *artículo 24,1 CE* , *artículo 74,1 LRJS*), pues además, dando respuesta conjunta, si ello resulta posible, a estos motivos que tengan una misma finalidad de examinar el derecho aplicado, se consigue con ello la evitación de innecesarias reiteraciones.

Ello conduce a que, en el presente caso, se deba iniciar la respuesta por el primer motivo del recurso formulado por la empresa Eurest Colectividades SL, que acogido al *apartado b) del artículo 193 LRJS* , está dirigido a la modificación del relato de hechos probados, posteriormente al recurso de la empresa Aramark que también postula dicha modificación y finalmente una vez concretado el contenido probatorio final común a todos ellos, procederá dar respuesta a los motivos dedicados al examen del derecho.

SEGUNDO.- El motivo de error de hecho de Eurest tiene como finalidad que en el ordinal primero del relato fáctico se añada que en el contrato de trabajo de la actora con Serunion SA en el que se subroga la recurrente, figura la aplicación del convenio colectivo de atención a personas dependientes, apoyándose para ello en el contrato de trabajo que aporta como documento nº 2 en su tramo de prueba, modificación, que aunque fundamentada documentalmente, no debe ser admitida por no tener relevancia en orden a variar el signo del fallo, tal como luego se razonará.

TERCERO.- El recurso de Aramark interesa que se supriman los hechos probados tercero y cuarto donde constan respectivamente el objeto social de las empresas demandadas, alegando al efecto que ambos ordinales se basan en copias de información extraída de internet por la actora , tratándose además de copias reprográficas (f. 80 y 81), por lo que estima que de dichas fotocopias no se puede considerar probado que sea ese el objeto social, debiendo haber aportado una certificación del Registro Mercantil o la escritura pública donde conste el mismo.



No cabe admitir la supresión solicitada aduciendo que se trata de un "pantallazo" pues la captura de pantalla de página web, está sujeta a la valoración conforme a la sana crítica por el juzgador a quo, sin que se invoque otro documento o pericia que indique que hubo un patente error valorativo por el juzgador a lo que cabe añadir que la denominada captura de pantalla o pantallazo informático, definido por la RAE como "captura del contenido que se visualiza en la pantalla de una computadora", es uno de los medios de prueba incluidos en el *Art. 90.1 de la LRJS*, al aludir a que "las partes (...) podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley (...) incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos ..." y en consecuencia habiendo formado su convicción el juez de instancia con este medio de prueba, el motivo de error de hecho debe rechazarse.

CUARTO.- La empresa Eurest denuncia en su primer motivo de censura jurídica la infracción del art. 44 ET y de la jurisprudencia que lo interpreta alegando en síntesis que la circunstancia de que las anteriores adjudicatarias del centro de Moreda aplicasen el convenio de atención a personas dependientes tiene unas consecuencias puesto que encontrándonos en un supuesto del art. 44 ET, debe tomarse en consideración su apartado cuarto donde se establece que los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que fuere de aplicación en el centro de trabajo en el momento de la transmisión, salvo pacto en contrario que aquí no existe de modo que la recurrente estaba obligada legalmente al mantenimiento de la aplicación del convenio de atención a personas dependientes y tras invocar en su apoyo la STS de 31-5-17, interesa la estimación del recurso y en consecuencia la desestimación de la demanda dado que las cantidades exigidas derivan de la aplicación de dicho convenio que en razón a lo expuesto no procede.

QUINTO . En el primer motivo de censura jurídica de la empresa Aramark se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 1-5 y 82-3 de ET en relación con los arts. 1 y 3 del convenio colectivo estatal de servicios de atención a las personas dependientes, alegando en primer lugar que el art. 3 invocado establece que este convenio no se aplica a centros o empresas de titularidad pública y la recurrente no lo es y aunque el centro en este caso sea de la Administración, ha sido objeto de cesión temporal a Aramark para la ejecución del contrato de servicio de comida y añade que el art. 3 no es de aplicación cuando se produce una subcontratación del art. 42 ET y es un tercero empresario privado el que tiene la condición de empleador.

De otro lado sostiene que en todo caso el centro de trabajo de Sotiello es una residencia de la tercera edad y consiste en una unidad autónoma de negocio con lo que es de aplicación la doctrina judicial que establece que en caso de la existencia de un centro autónomo con entidad económica independiente se aplica el convenio que recaiga sobre la actividad que se desarrolle en ese centro de trabajo y en el que nos ocupa esta actividad es la atención a personas dependientes y al efecto invoca la sentencia del TSJ de Andalucía de 18 de mayo de 2018 con cita de la STS de 10-7-07

Finalmente aduce que este convenio en el párrafo segundo de su art. 1 contempla este supuesto haciendo una vis atractiva al establecer que quedan afectadas por el convenio las unidades productivas autónomas dedicadas a la prestación del servicio del ámbito funcional aun cuando la actividad principal de la empresa en que se hallen integradas sea distinta o tengan más de una actividad productiva perteneciente a diversos sectores productivos, con lo que el convenio aplicable es el de servicios a personas dependientes.

SEXTO.- Como quiera que el recurso de Eurest afirma haber respetado el convenio de personas dependientes que venía aplicando la anterior adjudicataria y que por tanto debe seguir aplicándolo, no el de restauración colectiva que reclama la demanda y que el de Aramark también invoca la aplicación de dicho convenio, procede dar una respuesta conjunta a ambos recursos en aras de una más adecuada metodología y de celeridad resolutive, componente esencial de la efectividad de la tutela judicial (*artículo 24,1 CE*, *artículo 74,1 LRJS*), pues además, dando respuesta conjunta a estos motivos que tengan una misma finalidad de examinar el derecho aplicado, se consigue con ello la evitación de innecesarias reiteraciones.

En todo caso cabe indicar previamente con la sentencia que la cuestión atinente a las subrogaciones habidas tanto por Eurest como por Aramark es irrelevante para resolver la cuestión litigiosa en la que no se discute la sustitución de convenios determinada por razón de una sucesión de empresas que vinieron aplicando normas convencionales distintas y en principio aceptadas como pacíficas en el periodo temporal correspondiente a cada empresa, puesto que lo que afirma la demanda es que desde siempre y con independencia de quien haya ostentado en cada momento la cualidad empresarial a virtud de subrogaciones en una relación laboral enmarcada siempre en el mismo centro de trabajo y genero de actividad, el ámbito funcional que ha correspondido en todo momento a esta última, determinante de la selección de la norma aplicable, es el propio de la restauración colectiva, que no el de centros de atención a personas mayores o dependientes que es estima siempre de indebida aplicación.

Dicho esto procede señalar que esta sala se ha pronunciado en un caso similar a este, en la sentencia de 23 de octubre pasado dictada en el conflicto colectivo 18/18, por lo que hemos de estar a lo allí declarado



y al efecto se transcribe a continuación el fundamento de derecho segundo en el que resuelve la cuestión relativa al convenio colectivo aplicable a los trabajadores de centros de la tercera edad del ERA que prestan servicios como camareros, cocineros y ayudantes de camarero para este tipo de empresas de catering y en el que consta lo siguiente:

" **SEGUNDO.**- La pretensión formulada en el presente conflicto colectivo que interpone el sindicato Comisiones Obreras es que se declare que las relaciones laborales en la empresa demandada SERUNION en sus centros de trabajo de Pola de Siero (CPR Valentín Palacio) y de Sotrandio (CPR Santa Bárbara) se rigen por el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva (BOE de 22 de marzo de 2016) o aquél otro que lo sustituya, y se acuerde su íntegra aplicación con efectos retroactivos al año anterior a la presentación de la papeleta de conciliación el 25 de julio de 2018.

En apoyo de su pretensión el sindicato demandante sostiene que la actividad que los trabajadores de dichos centros despliegan tiene su encaje perfecto en el ámbito funcional que se define en el *artículo 2 del Convenio Colectivo Estatal* cuya aplicación reclama, en el cual también están comprendidas las empresas y los centros de trabajo que tengan como actividad principal las propias del sector de restauración colectiva. Manifiesta que es el ámbito de aplicación (funcional, personal, geográfico y temporal) del convenio el que marca la pauta para considerar, o no, incluidos a unos trabajadores en su ámbito, en función de su fuerza vinculante, resultando claro que el convenio colectivo de restauración colectiva encaja a la perfección con una empresa cuya dedicación es precisamente la restauración colectiva, y cuyos trabajadores realizan trabajos de restauración en el domicilio del cliente.

Frente a dicha pretensión la empresa SERUNION alega que la misma es una empresa multiservicios que aplica en los centros de trabajo de Pola de Siero y Sotrandio el Convenio Colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que ya aplicaba también la anterior adjudicataria, y sostiene que la empresa es una empresa multiservicios con diversas actividades, siendo una línea de negocio de la misma la de las residencias geriátricas, manifestando también que la actividad del servicio de alimentación que prestan los trabajadores de la empresa en esas dos residencias del ERA se encuentra dentro del ámbito funcional que señala el artículo 1 del Convenio colectivo que viene aplicando.

" El *Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal*, en su artículo 1, relativo a su ámbito funcional, dispone:

"El ámbito funcional de aplicación del presente convenio colectivo está constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de la atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia. Todo ello cualquiera que sea su denominación y con la única excepción de aquellas personas empresas cuya gestión y titularidad correspondan a la administración pública.

Igualmente quedan afectadas por este convenio las divisiones, líneas de negocio, secciones u otras unidades productivas autónomas dedicadas a la prestación del servicio del ámbito funcional, aún cuando la actividad principal de la empresa en que se hallen integradas sea distinta o tengan más de una actividad perteneciente a diversos sectores productivos".

Por su parte el *artículo 2 del Convenio Colectivo* estatal de restauración colectiva, relativo a su ámbito funcional, establece:

"De acuerdo con lo previsto en el artículo 59.1 del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería el ámbito de aplicación funcional será el de las empresas y trabajadores/as del sector de Restauración Colectiva. Se entiende por servicio de restauración colectiva, aquel que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo "cliente" o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad, dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación. Asimismo se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este capítulo los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de restauración colectiva. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación las actividades de catering aéreo así como la hostelería tradicional que se presta en espacios destinados al transporte (aeropuertos, estaciones de autobuses, estaciones ferroviarias, etc.)

Son de restauración colectiva las empresas que, mediante un contrato o una concesión administrativa, sirvan comidas y/o bebidas a contingentes particulares y no al público en general. Así como las diversas unidades



de gestión anexas abiertas al público que la contrata, concesión o contrato de prestación incluya si fueran auxiliares de aquella (prestaciones accesorias en el denominado "cliente cautivo").

Se incluyen en el ámbito funcional las actividades auxiliares como el asesoramiento y gestión en materia dietética, el suministro de materias primas al cliente principal y cuantas actividades auxiliares complementen el servicio de restauración. Se incluye expresamente el "catering" de eventos realizado por las empresas encuadradas en este ámbito de aplicación.

Asimismo, quedan integradas en el campo de aplicación de este Convenio, las empresas y los centros de trabajo que tengan como actividad principal las propias del sector de la restauración colectiva. Por lo que será de aplicación a las empresas del grupo empresarial, cuando desarrollen otras actividades complementarias o afines. Y cuando presten sus servicios principalmente en el espacio físico en el que despliega su actividad la empresa principal.

Se excepcionan expresamente del ámbito, las actividades reguladas en el Convenio Colectivo de Gestión Directa del País Vasco y el Convenio Colectivo de Monitores de Aragón".

Es cierto que la empresa demandada SERUNIÓN es una empresa multiservicios, entre cuyas actividades, vistos sus estatutos sociales y el objeto social en ellos definida, se encuentran tanto la prestación de servicios de alimentación a entidades públicas o privadas, es decir la actividad de restauración colectiva, como la del cuidado y atención a las personas de la tercera edad. Ahora bien según los propios estatutos de la compañía esta actividad del cuidado y atención a las personas de la tercera edad es la que se realiza mediante la gestión de residencias en régimen de propiedad o por medio de cualquier tipo de contratos o acuerdos con entidades públicas o privadas. Pues bien el contrato que SERUNIÓN suscribe con el ERA no tiene por objeto la gestión de una residencia, ni propia ni del ERA, sino que su objeto es la prestación del servicio de alimentación y comedor en dos centros residenciales que son titularidad y se gestionan por el propio ERA, que es el que realmente presta la actividad de atención y cuidado de las personas usuarias del centro residencial. Además la actividad que los trabajadores de SERUNION realizan en los dos centros residenciales del ERA en Pola de Siero y Sotroñido, según ha quedado plenamente acreditado es, por un lado, la propia de la prestación de un servicio de alimentación, elaborándose en la cocina diariamente los menús de los desayunos, comidas, meriendas y cenas (que la propia empresa SERUNION dispone y que se elaboran con los alimentos que la misma empresa les facilita) para los usuarios del centro residencial (cuya titularidad y gestión corresponde al ERA), así como también para el personal laboral del ERA cuya jornada de trabajo coincide con el horario de alguna de las comidas, y, por otro lado, la de la prestación del servicio de comedor consistente en la mera distribución de los menús elaborados a los comensales en las instalaciones que para esa actividad tienen las residencias, aparte de tener que recoger, fregar y limpiar tanto las instalaciones de la cocina y comedor, como la del material de la cocina y el que se emplea para la distribución de los menús.

Estas actividades realizadas por los trabajadores de SERUNION no puede entenderse que se trate de una actividad de atención a las personas usuarias de la residencia prestando los trabajadores de SERUNION una atención directa y específica del cuidado de las personas mayores, sino que su actividad queda reducida a la mera elaboración de los menús y a la distribución de los mismos en los comedores, y ello más bien se corresponde con una actividad de restauración colectiva (elaboración de los menús con su propia organización y medios que se sirven posteriormente en el espacio habilitado por el cliente), que se presta por la empresa SERUNION a su cliente, que es el Organismo Autónomo ERA, en sus propios centros residenciales de Pola de Siero y Sotroñido y para los usuarios de los mismos, y que en realidad no viene a resultar diferente del servicio de restauración colectiva que es prestado por la empresa en otras colectividades, como colegios, hospitales, o empresas, y que no representan una propia actividad de atención por sus trabajadores a los estudiantes, enfermos o trabajadores que resultan ser usuarios del servicio de restauración.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que en los centros de trabajo que la empresa SERUNION S.A tiene en Pola de Siero -el CPR Valentín Palacio- y en Sotroñido -CPR Santa Bárbara- y dada la especialidad de la actividad que en los mismos llevan a cabo sus trabajadores, el convenio colectivo que resulta ser de aplicación a tales trabajadores es el Convenio Colectivo de Restauración Colectiva, lo que conlleva la estimación de la demanda, ya que tal y como resulta de lo dispuesto en el *artículo 82.3 del ET* los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores que vengan a estar incluidos en su ámbito de aplicación."

En consecuencia el motivo debe desestimarse por cuanto la sentencia de instancia declara aplicable a la relación laboral de la actora el convenio colectivo de restauración colectiva.

SEPTIMO. - En el siguiente motivo de censura jurídica la empresa Eurest alega de forma subsidiaria que de considerar aplicable dicho convenio, muestra disconformidad en cuanto a la cuantías totales por estimar que no le corresponde percibir a la actora el complemento de economato, invocando al efecto la disposición



transitoria cuarta del convenio colectivo de restauración colectiva y el art.29 del convenio colectivo de hostelería de Asturias y que por tanto la cantidad

de 3.182,48 euros a la que ha sido condenada debe reducirse a la suma de 3.030,45 euros.

La empresa Aramark se adhiere a esta alegación de Eurest y sostiene que la condena a 658,93 debe sustituirse por la de 610,97 euros.

El motivo así planteado resulta atendible por cuanto dicha disposición transitoria titulada "Relacion territorial de pluses a incorporar a plus personal si se venía percibiendo establece que los pluses tendrán el tratamiento que traen de los diferentes convenio colectivos y el de hostelería de Asturias del que procede la actora señala en su art. 29 que las cooperativas de consumo tendrán derecho a que se les abone la cantidad de 14,26 euros al mes como ayuda de economato con carácter extrasalarial de modo que se trata un concepto cuyo abono está previsto únicamente para los empleados en cooperativas de consumo que no es el caso de la actora dado que presta servicios en una residencia de mayores .

OCTAVO. -En el último motivo que la empresa Aramark ampara en el art. 193 c) LJS denuncia la infracción de los arts. 57 a 61 y 63-3 del Acuerdo Laboral Estatal para el sector de hostelería.

Alega en síntesis de forma subsidiaria que si se determina que el convenio aplicable es el de restauración colectiva la obligación de subrogación nace del convenio colectivo y en este caso el art. 63-3 invocado establece que respecto de las deudas anteriores a la subrogación con los trabajadores , son responsables la empresa saliente y la principal no la entrante, por lo que no puede alcanzar a Aramark la condena solidaria por las deudas que Eurest haya mantenido con la actora con anterioridad a perpetrarse la subrogacion de su contrato el 15 de diciembre de 2017 y debe revocarse la sentencia en este sentido.

La STS 28-9-18 se pronuncia sobre esta materia en doctrina que entendemos es de aplicación al caso y en la que resumidamente sienta las siguientes premisas:

Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el *art. 44 ET* si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del *artículo 44 ET* .

Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Pues bien, en el caso que nos ocupa consta en el hecho probado segundo que Aramark asumió a la trabajadora actora y al resto de la plantilla que desempeñaba prestando servicios en la residencia de Moreda y al efecto el art. 44 ET dispone que en los supuestos de cambio de titularidad de una empresa el nuevo empresario queda "subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior" [apartado 1] y asimismo establece en el apartado 3 la responsabilidad solidaria "durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión", en consecuencia es ajustada a derecho la sentencia de instancia al concluir que la empresa Aramark es responsable solidaria de las deudas salariales anteriores a la sucesión, por lo que en definitiva se impone desestimar este último motivo de recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Se acogen en parte los recursos formulados por las empresas Eurest Colectividades SL y Aramark Servicios de Catering SL frente a la sentencia dictada el 18 de mayo de 2018 por el Juzgado de lo Social de Mieres en los presentes autos seguidos sobre diferencias salariales derivadas del convenio colectivo aplicable, a instancias de D^a Herminia siendo demandadas las empresas recurrentes, que se revoca en el extremo relativo a las cantidades que deben abonar a la actora, que se fijan en 3.030,45 euros en el caso de Eurest y en 610,97 en el de Aramark, manteniendo el resto de pronunciamientos que contiene la sentencia de instancia. Sin costas.

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 dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221 , 230.3 de la LRJS , y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230.4 , 5 y 6 de la misma Ley .



Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, (artículo 230.1 LRJS), la parte condenada debe justificar, al preparar el recurso, haber **consignado en metálico** : bien la cantidad objeto de condena, bien el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento. Puede sustituirse esa consignación por el aseguramiento mediante **aval** solidario de duración indefinida, emitido por entidad de crédito, y pagadero a primer requerimiento.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

Están exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes: el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos; las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica, los órganos constitucionales, los sindicatos, y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Forma de realizar el depósito o consignación

a) Ingreso directamente en el banco : se harán en la **cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el **Banco Santander** , oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta correspondiente al nº del asunto se conforma rellenando el campo oportuno con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo.

En el campo concepto constará: "**37 Social Casación Ley 36-2011**", si se trata del depósito, o "**consignación**" si se trata del importe de condena.

b) Ingreso mediante transferencia bancaria: se indicará el código **IBAN** del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; **también** se rellenarán el campo **concepto** aludido, y el campo **observaciones**, indicando en éste los 16 dígitos de la **cuenta** del recurso, como se dijo.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará un ingreso por cada concepto, (incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando), en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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