



Roj: **STSJ EXT 185/2020 - ECLI:ES:TSJEXT:2020:185**

Id Cendoj: **10037340012020100099**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2020**

Nº de Recurso: **76/2020**

Nº de Resolución: **144/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00144/2020

C/PEÑA S/Nº

CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MMC

NIG: 06015 44 4 2019 0000114

Modelo: N31350

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPLICACION 0000076 /2020

JUZGADO DE ORIGEN/ AUTOS: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000026 /2019 JDO. DE LO SOCIAL nº004 de BADAJOZ

Recurrente/s: SERVICIOS HOSTELEROS 13, S.L.

Abogado/a: FERNANDO ENRIQUE DIAZ LAVADO

Procurador/a: BEATRIZ CELDRAN CARMONA

Recurrido/s: Eulogio

Abogado/a: JOSE MANUEL REDONDO CASELLES

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

En CÁCERES, a diez de marzo de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 144/2020

En el RECURSO SUPPLICACIÓN N°76/2020, interpuesto por la Sra. Procuradora, D^a BEATRIZ CELDRÁN CARMONA, bajo la dirección letrada de D. Fernando Díaz Lavado, en nombre y representación de SERVICIOS HOSTELEROS 13 S.L., contra la Sentencia número 421/2019, dictada por el Juzgado de lo Social N°4 de Badajoz, en el procedimiento DEMANDA n°26/2019, seguido a instancia de la parte demandante frente a D. Eulogio , parte representada por el Sr. Letrado D. JOSÉ MANUEL REDONDO CASELLES, siendo MAGISTRADO-PONENTE el ILMO. SR. D. MERCENARIO VILLALBA LAVA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: SERVICIOS HOSTELEROS 13, S.L., presentó demanda contra D. Eulogio , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 421/2019, de 27 de noviembre de 2019.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: " **PRIMERO.** D. Eulogio presta servicios laborales para la empresa SERVICIOS HOSTELEROS 13, SL., como camarero, desde el día 13 de noviembre de 2015, al ser la empresa demandante la adjudicataria del servicio de cafetería del Hospital de Mérida, en la que prestaba sus servicios laborales el demandado. **SEGUNDO.** La empresa demandante denunció el convenio colectivo de la empresa DEHESA DE LOS BODEGONES, SL., vigente en el momento en el que se produjo la subrogación, el día 26 de noviembre de 2015. **TERCERO.** Denegada la inscripción de la denuncia por la Dirección General de Trabajo de la Junta de Extremadura e impugnada judicialmente la decisión de la administración, el Juzgado de lo Social Número 2 de Badajoz dictó la sentencia número 248/2017, el día 12 de junio de 2017 , que revocó la resolución al entender que la empresa SERVICIOS HOSTELEROS 13, SL estaba legitimada para la denuncia del convenio. **CUARTO.** La Dirección General de Trabajo de la Junta de Extremadura ordenó la inscripción de la denuncia del Convenio Colectivo de la empresa DEHESA DE LOS BODEGONES, SL, por medio de resolución de fecha 16 de enero de 2018. **QUINTO.** El día 4 de enero de 2019 la empresa demandante promovió el correspondiente acto de conciliación ante la UMAC, que se celebró el día 22 de enero de 2019, con el resultado de sin avenencia. **SEXTO.** El demandado fue dado de alta por la empresa Dehesa Los Bodegones, SL, el día 21 de septiembre de 2004. **SÉPTIMO.** En el convenio colectivo de la empresa DEHESA de LOS BODEGONES, SL, publicado en el DOE el día 30 de abril de 2008, se reconocía al trabajador demandado una antigüedad de 1 de julio de 1994."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Celdrán en nombre y representación de la empresa SERVICIOS HOSTELEROS 13, S.L contra D. Eulogio . Por ello, absuelvo al trabajador demandado de todas las pretensiones contenidas en la misma."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SERVICIOS HOSTELEROS 13, S.L, interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 7 de febrero de 2020.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló día para los actos de deliberación, 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.- Es objeto de suplicación, la sentencia 421/2019 de 27 de noviembre, del Juzgado de lo Social número 2 de Badajoz, que desestima la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Servicios Hosteleros 13, sociedad limitada, frente a Eulogio , sobre declaración de antigüedad, considerando que la del trabajador data de 1 de julio de 1994, y no la sostenida por la empleadora, de 21 de septiembre de 2004.

Frente a ella se presenta recurso de suplicación por la empleadora, que ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En los cinco primeros motivos de recurso, amparada en el apartado b) del artículo 193 de la LJS, solicita la recurrente, en primer lugar, la modificación de los hechos probados primero, sexto, séptimo, ofreciendo la redacción alternativa que se expone:



" El 13 de noviembre de 2015 la empresa "SERVICIOS HOSTELEROS 13 SL", nueva adjudicatario del contrato administrativo para la explotación de la cafetería del Hospital de Mérida, se subrogó en el contrato de trabajo de D. Eulogio en virtud del cual éste venía prestando sus servicios laborales como camarero en dicha cafetería para "DEHESA LOS BODEGONES SL", la empresa adjudicataria inmediatamente anterior"

"El demandado fue dado de alta por la empresa "Dehesa Los Bodegones, SL", el día 21 de septiembre de 2004, tal y como consta en su informe de vida laboral obrante en autos. Conforme a dicho informe de vida laboral, entre el 1 de julio de 1994 y el 21 de septiembre de 2004, el trabajador estuvo en las siguientes situaciones: desde el 1 de julio de 1994 hasta el 20 de diciembre de 1994, estuvo en alta en la empresa " DIRECCION000 , C.B"; desde el 14 de enero de 1995 hasta el 30 de mayo de 1999, estuvo en alta en la empresa "BEATRIZ Y FRAN S.L"; desde el 1 de junio de 1999 y el 30 de junio de 2001 estuvo en alta en la empresa "HOSTELERÍA PUERTA DE PALMA S.L"; desde el 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2002 estuvo en alta en la empresa "AVENIDA DE VILLANUEVA S.L"; desde el 1 de enero de 2003 hasta el 2 de agosto de 2004 estuvo en la situación que consta reflejada como "PRESTACIÓN DESEMPLEO EXTINCIÓN"; desde el 3 de agosto de 2004 hasta el 22 de agosto de 2004, estuvo en alta en la empresa "HOSTELERÍA CARPE S.L"; y desde el 23 de agosto de 2004 hasta el 20 de septiembre de 2004 estuvo en situación que consta reflejada como "PRESTACIÓN DESEMPLEO. EXTINCIÓN"."

"El acta de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de trabajo de la empresa "Dehesa Los Bodegones SL (Cafeterías comedores del Hospital de Mérida), publicada en el DOE nº83 de 30/04/2008 (Resolución de 10 de abril de 2008, de la Dirección de Trabajo), expresa en su punto 5 que "A fin de clarificar cualquier duda que pueda existir y para que conste a los efectos oportunos, el personal actual que se subroga, así como su fecha de antigüedad es el siguiente [...] Eulogio 1-jul-94[...]."

Y, en segundo lugar, interesa la adición de dos nuevos hechos probados del siguiente tenor:

" En el Diario Oficial de Extremadura número 51, de 14 de marzo de 2013, se publicó el "Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Dehesa Los Bodegones, SL (Cafeterías- Comedores del Hospital de Mérida), suscrito con fecha 12 de noviembre de 2012, estableciendo su artículo 4 que "El presente convenio Colectivo de Trabajo entrará en vigor a todos los efectos el día 1 de enero de 2013, cualquiera que sea la fecha de su publicación, su duración será hasta el 31 de diciembre del año 2015". En dicho Convenio no se recoge previsión alguna acerca de la antigüedad de D. Eulogio ."

" La empresa "Dehesa Los Bodegones S.L" mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2015, carente de todo respaldo documental que avalara lo que en el mismo se manifestaba, comunicó a la empresa "Servicios Hosteleros 13 SL" una serie de datos relativos a los trabajadores a subrogar por esta última en el que, entre otros extremos, se expresaba corresponder a D. Eulogio una antigüedad de 01-07-94.

Por "Servicios Hosteleros 13 SL" se procedió a requerir notarialmente a los referidos trabajadores de la cafetería del hospital de Mérida (entre ellos, a D. Eulogio) a fin de que se manifestaran individualmente acerca de la veracidad de los datos que respecto de cada uno de ellos había comunicado la empresa "Dehesa Los Bodegones SL", incluyéndose he dicho requerimiento la empresa advertencia de que la confirmación o, en su caso, corrección que, en respuesta al requerimiento, pudieran hacer de referidos datos, no determinaría su reconocimiento y/o asunción por parte de "Servicios Hosteleros 1 SL" en el caso de que finalmente resultara no corresponderse dichos datos con la realidad.

D. Eulogio confirmó los datos (entre ellos, de antigüedad de 01/07/1994) que figuraban en el requerimiento notarial".

En cuanto a lo que plantea el recurrente, respecto de las modificaciones propuestas, no es necesario acceder en tanto en cuanto suponen, no la constatación de errores fácticos en que pueda haber incurrido la sentencia de instancia, sino de puntualizaciones innecesarias, con sustento en la prueba documental a la que se remite el órgano de instancia, y que podemos tener en cuenta en su integridad. En este sentido, como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 5 de junio de 2013, Rec. 2/2012, "...en cuanto a la adición o ampliación de hechos probados ha reiterado, entre otras, en la STS/IV 13- noviembre-2007 (rco 77/2006) que si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia".

Respecto de la inclusión de un nuevo hecho probado, que sustenta en el Convenio Colectivo que cita, no hemos de acceder, pues el convenio colectivo no es prueba hábil para sustentar la pretensión revisoria, dada su naturaleza de fuente jurídica en sentido propio y de derecho necesario conforme disponen los artículos 3.1.b) y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, careciendo por ello de eficacia a efectos de revisión fáctica en suplicación. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, desde antiguo, en sentencias de 28



de abril y 12 de diciembre de 1990, doctrina seguida por las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Y respecto de la segunda adición fáctica, tampoco hemos de acceder, en tanto en cuanto de los documentos que cita no se extrae que la comunicación de la empresa saliente estuviera huérfana de documentación adjuntada a la misma; y, en lo que atañe a los requerimientos notariales, no constituye prueba hábil a los efectos revisorios, pues si bien constan tales requerimientos, lo que en ellos se refiere son manifestaciones de la propia recurrente, que no constituye hecho probado alguno, sino la posición jurídica que la misma mantiene.

TERCERO.- En el sexto y último motivo de recurso, acogido al apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la recurrente la infracción de los artículos 1.257 del CC. 86.1, 82.4 y 86.4 del ET, por inaplicación, así como la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, citando las sentencias de 12 de abril de 2011, 10 de abril de 2002 (RCUD 987/2001), 25 de octubre de 2005 (RCUD 697/2004), y el resto de las citadas en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) 2323/2014, de 18 de septiembre, que cita la sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto, por aplicación indebida, y de la doctrina de suplicación contenida en la sentencia 5725/2009, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, también citada por la resolución recurrida en el mismo fundamento de derecho.

Sobre la cuestión planteada, aun para estimar el recurso interpuesto por el trabajador, compañero del hoy demandante, se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, dictada en Rec. 46/2020, en el que las partes en conflicto efectuaban las mismas alegaciones, y a cuyo tenor, por evidentes razones de seguridad jurídica, hemos de remitirnos para desestimar el recurso interpuesto.

Como ya razonáramos:

<<Para resolver adecuadamente el supuesto que nos ocupa hemos de partir de dos asertos esenciales. El primero, en contra de lo que razona la sentencia recurrida e invoca la impugnante, el hecho de que en el nuevo Convenio Colectivo de la empresa Dehesa Los Bodegones, S.L., suscrito el 12 de noviembre de 2012 (DOE de 14.03.2013) no se recogiera la antigüedad de los trabajadores subrogados, aclarada por Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo precedente, del año 2008, publicado en el DOE de 30 de abril de 2008, ningún efecto tiene pues, reconocida en dicha data, produce todos sus efectos. Dicho acuerdo suscrito entre los representantes legales de la empresa y trabajadores de revisión salarial y acuerdo de prórroga del Convenio entonces vigente, incluye, además de las modificaciones que en el constan, una cláusula en la que se indica que, a fin de clarificar cualquier duda que pueda existir y para que conste a los efectos oportunos, se incluye el personal actual que se subroga y su fecha de antigüedad, siendo la del demandante la de 13 de enero de 1995. Y dicha antigüedad es la que figura, a su vez, en el contrato administrativo suscrito con la empresa entrante, Servicios Hosteleros 13, S.L., de fecha 15 de octubre de 2015. Y si bien es cierto que la demandante requirió notarialmente a los trabajadores para que declararan su fecha de antigüedad en la empresa saliente, Dehesa Los Bodegones, S.L., viene a resultar que no es hasta enero de 2019 que no presenta demanda ante el orden social impetrando que se declare que la antigüedad del demandado es de 20 de octubre de 2006. En segundo lugar, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 31/05/2019: "Y subrogación significa ocupar la posición de otro en una determinada relación jurídica que debe permanecer incólume y mantenerse en los términos y condiciones en los que venía desarrollándose. Es decir, que la nueva empleadora no está solamente obligada a respetar la vigencia del vínculo laboral anterior, sino también de todos los derechos laborales, individuales y colectivos, de las que los trabajadores eran titulares en el momento en el que opera la subrogación, entre ellas, obviamente, la antigüedad acreditada en la empresa cesionaria, ya que "ambos mandatos -subrogación y respeto de derechos- son plenamente coincidentes en su significado; y (4º) que tales derechos y obligaciones no pueden ser sino los que regían la concreta relación laboral que se transmite y que por aplicación del art. 3 ET han de ser -aparte de otros singulares y "ad personam"-las condiciones laborales que se disfrutaban por aplicación del correspondiente Convenio Colectivo" (STS 31/5/2017, rec. 234/2016). Ello quiere decir, que en el supuesto examinado, no hemos de plantearnos cuestiones tales como si la afirmación de la antigüedad reconocida en el Acta de 2008, de la Comisión Negociadora del Convenio de empresa, despliega todos sus efectos por ultraactividad, sino simplemente si la subrogación operada en la relación laboral que mantenía el demandado con la empresa saliente ha de ser respetada por la actual adjudicataria, tal y como interesa la recurrente. Y es claro que así ha de ser, no solo por aplicación del contrato administrativo, sino también por disposición del propio artículo 24 del Convenio Colectivo de empresa del año 2013, en el que expresamente se refiere que "Con el fin de regular la estabilidad del empleo de los trabajadores de las Cafeterías, cuando la empresa pierda la adjudicación de la explotación del centro de trabajo, ya sea a través de un contrato público o privado, el trabajador pasará a la plantilla de la empresa adjudicataria, la cual deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviera reconocidos en su anterior empresa, incluso la antigüedad consolidada. La empresa cesante en el servicio deberá preavisar documentalmente al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento del servicio". Como afirma el recurrente,



con la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de julio de 2018, Rec. 3584/2016, la sentencia de instancia infringe las propias bases sobre las que se asienta la figura de la subrogación contractual, en tanto en cuanto conlleva que, desconociendo los derechos adquiridos y disfrutados de forma pacífica por los trabajadores desde hace más de una década en la empresa saliente, no se respetarían por la entrante, en concreto la antigüedad reconocida>>.

En consecuencia, por los mismos argumentos, hemos de confirmar la sentencia recurrida, previa la desestimación del recurso interpuesto.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso de suplicación presentado contra la sentencia citada en el primer fundamento jurídico de esta sentencia, y en su virtud debemos de confirmar y confirmamos la recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la empleadora recurrente, en las que se incluirán los honorarios de letrado del trabajador impugnante, en la cuantía de 300 euros.

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 007620 debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar 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 utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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

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

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

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.