



Roj: **STSJ M 2055/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:2055**

Id Cendoj: **28079340042017100108**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/02/2017**

Nº de Recurso: **844/2016**

Nº de Resolución: **111/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2015/0047498

**Procedimiento Recurso de Suplicación 844/2016**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid Despidos / Ceses en general 1023/2015

**Materia** : Despido

MR

**Sentencia número: 111/2017**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D./Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid a catorce de febrero de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 844/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JOSE ANTONIO MOLINA GOMEZ DE SEGURA en nombre y representación de D./Dña. Prudencio y por el LETRADO D./Dña. JUAN CARLOS CARRIL RODRIGUEZ en nombre y representación de BIENVENIDO GIL SL, contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1023/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Prudencio frente a GENERAL



TECHNOLOGIES CONSULTING SL, BIENVENIDO GIL SL, y UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

**PRIMERO.-** El demandante, Don Prudencio , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa Bienvenido Gil, S.A. con una antigüedad de 1 de septiembre de 2011, ostentando una categoría profesional de Técnico Audiovisual. Por los servicios prestados, Don Prudencio percibía un salario de 1.416,67 euros brutos con inclusión de la parte proporcional de la paga extraordinaria. Don Prudencio suscribió con Bienvenido Gil, S.A. un contrato de duración determinada, a tiempo completo de lunes a sábado, con una duración de 1 de septiembre de 2011 hasta fin de servicio para su categoría según se especifica en las actividades realizadas en los anexos I- II según contrata de procedimiento abierto am 14/2011

En concreto, Don Prudencio , ha venido desarrollando sus funciones laborales en las instalaciones pertenecientes a la Universidad Nacional de Educación a Distancia (en adelante UNED), facultad de económicas, en la calle Paseo Senda del Rey número 11.

**SEGUNDO.-** Mediante procedimiento abierto AM 14/2011, de 28 de abril Bienvenido Gil resultó adjudicataria del contrato de servicio de soporte técnico a las actividades académicas e institucionales de la UNED. Posteriormente, mediante procedimiento AM 13/2015 resultó adjudicataria General Technologies Consulting, S.L., publicándose en el BOE el 29 de septiembre de 2015. En concreto, el 21 de agosto de 2015, la UNED resuelve adjudicar a la empresa General el contrato referido tanto al lote 1: servicio de mantenimiento de los medios técnicos de las salas audiovisuales; y lote dos: servicios de soporte técnico a las actividades celebradas en las salas audiovisuales"

**TERCERO.-** Con fecha de 28 de agosto de 2015, Bienvenido Gil, S.L. comunica a Don Prudencio que: "*nuestro cliente la UNED nos ha informado, mediante comunicación de fecha 25 de agosto de los corrientes, que Bienvenido Gil, S.L. no ha resultado adjudicataria del servicio de soportes técnico a las actividades celebradas en las salas audiovisuales. (...). En el que Bienvenido Gil, S.A. no haya resultado adjudicatario del servicio significa que tendrá que cesar en la prestación del servicio que viene prestando hasta la fecha, siendo este cese efectivo el día 31 de agosto. Así esto, y dado que las actividades a llevar a cabo son las mismas, se da una situación de sucesión de contratas que significa que la nueva adjudicataria del servicios deba de hacerse cargo de los trabajadores que estaban adscritos a la contrata, conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Por lo que en base a lo indicado le informamos que usted causará baja en esta empresa en fecha de 31 de agosto de 2015, debiendo incorporarse a la disciplina de la nueva empresa adjudicataria desde el comienzo de la prestación del servicio por parte de esta. Los datos son (...) General Technologies Consulting, S.L."(en adelante General). El 28 de agosto de 2015, Bienvenido Gil remite un burofax a General facilitándole los datos del personal adscrito al servicio junto con una serie de documentación necesaria para llevar a cabo la subrogación. Entre tales datos se encuentran los relativos a Don Prudencio .*

**CUARTO.-** El día 1 de septiembre de 2015 Don Prudencio no fue subrogado por General y Doña Eurne , jefa del departamento de servicios generales y contratación, envía un email a Don Prudencio en el que le comunica que no puede acceder a las instalaciones de la UNED puesto que prestaba servicios para la empresa Bienvenido Gil, S.A. y dicho contrato ha finalizado.

Ante dicha comunicación, el 1 de septiembre de 2015, Don Prudencio envía un burofax a Bienvenido Gil solicitando explicaciones. El día 2 de septiembre de 2015 también envía un burofax a General para que procedan a su subrogación en el plazo de 48 horas. A partir de ese momento se suceden multitud de burofaxes entre Don Prudencio y Bienvenido Gil, S.A., y entre éste y General comunicándole Bienvenido a General la obligación que tiene de subrogar a los trabajadores entre los que se encuentra Don Prudencio .

**QUINTO.-** El pliego de prescripciones técnicas del contrato de Servicio de Soporte Técnico a las actividades académicas e institucionales de la UNED, recoge que el objeto del contrato es: "atender el servicio de soporte técnico a las actividades académicas e institucionales de la UNED". Y en concreto incluye: actividades



institucionales; culturales; académicas; actividades de servicio de videoconferencia tanto por IP y RDSI como multipunto u unipunto; actividades de realización, grabación y edición de audio, y video de los actos académicos e institucionales.

**SEXTO.-** El BOE de 29 de septiembre de 2015 recoge que General resultó adjudicaría del servicio de mantenimiento de medios técnicos de las salas audiovisuales (por lotes): servicio de mantenimiento de medios técnicos de las salas audiovisuales de la UNED; servicio de soporte técnico a las actividades celebradas en las salas audiovisuales de la UNED.

**SÉPTIMO.-** El Convenio Colectivo que Bienvenido Gil, S.A. venía aplicando a sus trabajadores, y en concreto al actor es el propio del Convenio Colectivo de la Industria del Metal.

**OCTAVO.-** La actora interpuso en el SMAC papeleta de conciliación el 22 de septiembre de 2015. El 7 de octubre de 2015 se celebró sin éxito el acto de conciliación, sin la comparecencia de la empresa General.

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

*Que, estimando en parte la demanda promovida por Don Prudencio frente a Bienvenido Gil, S.A., General Technologies Consulting, S.L., y Universidad Nacional de Educación a Distancia declaro:*

*- La finalización de la relación laboral de Don Prudencio con Bienvenido Gil, S.A. por fin de contrato de duración determinada, y condenar a la mercantil Bienvenido Gil, S.A. al abono de la cantidad de 2.265,6 euros.*

*- Se absuelve a General Technologies Consulting, S.L., y Universidad Nacional de Educación a Distancia de todos los pedimentos recogidos en el escrito de demanda.*

*- Se desestima la reclamación de cantidad efectuada por inadecuación de procedimiento.*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte BIENVENIDO GIL SL y D./ Dña. Prudencio , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 17/11/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 09 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 ha estimado parcialmente la demanda, declarando la finalización de la relación laboral del demandante por fin de contrato temporal, condenando a la empresa Bienvenido Gil SA al pago de 2.265,6 euros, absolviendo a las codemandadas restantes y desestimando la reclamación de salarios reclamados.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto por la parte actora y la empresa condenada sendos recursos de suplicación.

El recurso de la parte actora propone como primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la revisión de los hechos probados para adicionar uno en el que se indique lo siguiente: *"Las funciones que ha venido realizando el trabajador demandante desde el inicio de la relación laboral han sido:*

*-Operación técnica de todo el equipamiento que dispone y que dispondrá la UNED.*

*-Limpieza y mantenimiento de dicho equipamiento.*

*-Transporte, montaje y desmontaje del equipamiento, incluido el conducir la furgoneta.*

*-Mantener con orden y limpieza todo el equipamiento y su entorno.*

*-Grabación de los actos, cuando así lo requiera el cliente.*

*-Dar de baja a equipos informáticos y audiovisuales de la UNED.*

*-Realización de inventario de equipos, puertas, mesas, tomar nota de las rosetas de cada sala, etc...*

*-Reparación de ordenadores.*

*-Organizar los diversos actos.*



*Dichas funciones se han realizado en el claustro de la UNED, salones de actos, aperturas-clausuras de cursos académicos, nombramientos, consejos de gobierno, juntas de Facultades y Escuelas, eventos musicales y teatrales, congresos, seminarios, lecturas de tesis, clases, videoconferencias, simposiums..., desempeñando actividades de realización, grabación, producción, soporte técnico y edición de audio y video de los actos académicos e institucionales de la UNED en sus instalaciones.*

*En el desempeño de sus funciones el actor ha estado en todo momento sujeto al control y supervisión de la UNED, debiendo fichar para controlar su horario en una aplicación de la UNED, con una cuenta de correo electrónico facilitada por dicho organismo ( DIRECCION000 ) y utilizando en todo momento el material de la UNED para el desempeño de sus funciones (mesas de audio, video, equipos de video conferencia, equipos informáticos, cámaras, micrófonos, amplificadores, etc., es decir todo el material audiovisual y cableado del que dispone la UNED en sus instalaciones).*

El motivo debe ser admitido parcialmente por las razones que pasamos a exponer.

En orden a las funciones desplegadas por la demandante si, como dice el motivo, es un hecho conforme y no cuestionado, nada nuevo estaría introduciendo la parte al no ser controvertido ni haber decidido nada el juzgador de instancia en sentido contrario al pretendido. No obstante, y dado que la parte impugnante del recurso está conforme con tal dato, entendemos procedente adicionar las funciones que se describen.

Respecto del lugar de prestación de esas funciones, tampoco parece cuestionarse por la parte recurrida y, por ende, debemos entender que estamos, igualmente, ante un hecho conforme.

En relación con que el actor ha estado en todo momento sujeto al control y supervisión de la UNED, esta expresión debe rechazarse por ser predeterminante del fallo y no constituir un hecho sino una valoración o conjetura de los que seguidamente contiene el texto que propone. En efecto, una cosa es querer introducir esa valoración y otra unos hechos que podrán o tener aquel alcance pero que deberá ser valorado en infracción de norma. Así, si esa expresión no es admisible tampoco lo sería el introducir que el demandante fichaba y menos con esa finalidad cuando el juzgador de instancia ha obtenido tal hecho de la testifical. Tampoco es admisible introducir que disponía de la cuenta de correo electrónico que refiere porque ese dato ya lo ha valorado el juzgador de instancia diciendo que esa cuenta no es nominal del demandante y el uso de material de la UNED, al ser un hecho no cuestionado por la parte demandada y venir, igualmente admitido por la sentencia de instancia, aunque con otro alcance jurídico, también resulta innecesario adicionarlo.

Finalmente, no es procedente adicionar en los hechos probados lo que propio de una norma que debe ser analizada en su aplicación en el motivo que se destine a la infracción de norma, lo que estimamos respecto de introducir en el relato lo relativo a salario convenio de un técnico especialista.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la relevancia que pueda tener lo que hemos admitido sobre el fallo.

**SEGUNDO.** - En el segundo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del artículo 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 35 del II Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (técnicos) y artículos 52 a 56 del Estatuto de los trabajadores y artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La parte recurrente entiende que la situación en la que se encontraba prestando servicios el demandante era propia de una cesión ilegal de trabajadores. En este caso entiende que la empresa, aunque es real, no ha puesto en juego su propia organización y dirección sino que se ha limitado a la mera aportación de mano de obra, lo que se advierte porque la puesta a disposición del trabajador de una furgoneta, móvil y ordenador no son necesarios para la actividad en la que sí que era preciso mesas de audio, video, equipos de video conferencia, informáticos, cámaras micrófonos, etc., todo ello propiedad del organismo público quien, por otro lado y según sigue diciendo el recurso, daba las instrucciones a los trabajadores de la contratista en orden a las operaciones de grabación y video que eran interesadas por el personal docente de la UNED. En otro caso, existiría una sucesión empresarial a la vista del contrato de servicio de soporte técnico suscrito entre las codemandadas porque se está bajo el ámbito del Convenio Colectivo que se invoca y, por ende, debe ser operativo el artículo 35 del mismo que obliga a la empresa entrante, General Technologies Consulting, SL, la obligación de subrogar al demandante. Finalmente, entiende que el despido debería ser declarado improcedente en todo caso al no haber remitido al trabajador ninguna comunicación sobre la conclusión del contrato siendo insuficiente la comunicación de que causaba baja y que debía incorporarse en la nueva adjudicataria.

**TERCERO.** - La sentencia de instancia, en orden a la cesión ilegal que se invocaba por la parte actora, considera que el demandante no estaba bajo el control y supervisión de la UNED por cuanto que no tenía acceso al portal propio de los empleados de la misma, tampoco disponía de tarjeta nominativa y las funciones que desarrollaba eran supervisadas por otro trabajador de la empresa demandada y nunca realizó funciones con personal de la UNED, sin disponer de despacho propio sino que disponían todos los trabajadores de un espacio común





para permanecer hasta que fueron llamados para algún servicio. El hecho de usar medios materiales de la UNED lo entiende como lógica consecuencia del servicio contratado que era atender como soporte técnico las actividades académicas e institucionales en las propias instalaciones de la UNED y con sus medios.

El motivo debe ser desestimado porque la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia.

En efecto y siguiendo el criterio adoptado por esta Sala en otros asuntos referidos a otros trabajadores de la empresa condenada, se ha dicho que " A la cuestión relativa a la cesión ilegal del Sr Manuel damos la misma respuesta que mantuvo esta misma Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de fecha 17 de octubre de 2016 (rec. 610/16 ), en asunto igual al presente. Se dijo al respecto en su fundamento de derecho tercero: JURISPRUDENCIA 6 "En el segundo motivo, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores , del art. 44 del mismo texto legal , y del art. 35 del II convenio colectivo de la Industria de la producción audiovisual (técnicos) publicado en el BOE de 1-8-09, así como de los arts. 52 a 56 del ET y 110 de la LRJS respecto a las causas y efectos del despido improcedente. En primer lugar se aduce la existencia de una cesión ilegal entre BIENVENIDO GIL S.L. y la UNED, manifestando que la primera, empresa adjudicataria de un contrato de servicio de soporte técnico a las actividades académicas e institucionales de la UNED, se limitó a un mero suministro de mano de obra, ya que el material entregado - una furgoneta, un teléfono móvil y un ordenador - no era el que resultaba necesario para los trabajos a desarrollar en la contrata, y que los medios materiales eran de la titularidad de la UNED; afirma además que la empresa no ejercía su poder de dirección, estando sus trabajadores sometidos a las facultades directivas de la UNED, por lo que a su juicio debería declararse que el cese del actor constituyó un despido improcedente. Las anteriores aseveraciones no se compadecen con el contenido del hecho probado 9º, cuya modificación se ha rechazado por los razonamientos precedentes. Hay que remitirse al relato fáctico mencionado y su valoración en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia, que la Sala comparte plenamente, y que no quedan desvirtuados en el recurso, para llegar sin esfuerzo a la conclusión de que no puede apreciarse la infracción del art. 43 del ET . La sentencia es muy completa y pormenorizada y no es necesario reiterarla. Baste destacar algunos extremos, en primer lugar, que la actividad objeto de la contrata se basa esencialmente en la mano de obra, pues es un servicio de soporte técnico a las actividades institucionales de la UNED, entre otras las actividades de grabación, realización, audio y video de los actos académicos e institucionales. Por ello no cabe alegar insuficiencia de los medios materiales puestos a disposición de los trabajadores por la empresa, ni tampoco se puede considerar como un indicio de cesión de mano de obra que la UNED era titular de los elementos materiales más importantes, como mesas de audio, video, equipos informáticos, cámaras, etc. ya que esos elementos no se aportan a la contratista para que realice su cometido, sino que son los instrumentos, obviamente propiedad de la UNED, en los que la empresa ha de llevar a cabo sus tareas de mantenimiento y soporte; al igual que en una contrata de limpieza la empresa principal no aporta el edificio a la contratista, sino que es el objeto sobre el cual se realiza la actividad objeto de la contrata. Respecto a la alegación sobre el poder de dirección, la sentencia de instancia es muy explícita detallando la existencia de un coordinador de la adjudicataria que era quien controlaba la autorización de las tareas, la asignación de los trabajos a realizar a los técnicos correspondientes, sin que conste en modo alguno que el personal de la UNED dirigiera los trabajos del actor y su ejecución ni que le diera instrucciones sobre la forma de desarrollar su trabajo. Declara la jurisprudencia ( sentencias del TS de 11-7-12 recurso 1591/2011 y 5-11-12 4282/2011 , entre otras) lo siguiente: "Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndolo por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismo - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente". Pero en el caso aquí enjuiciado es claro que no constan los elementos constitutivos de la cesión ilegal a tenor de lo dispuesto en el art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores a partir de la reforma de la ley 43/2006: "que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario". No se da ninguno de estos



*supuestos, conforme a lo razonado, por lo que se desestima el motivo en el aspecto analizado" ( STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2016, Recurso 756/2016 y la que en ella se cita).*

**CUARTO** . - En orden a la sucesión empresarial, la sentencia de instancia advierte que la empresa condenada no se subrogó en los trabajadores de la empresa saliente cuando le fue adjudicado el servicio. Además, se llega a la conclusión de que el convenio colectivo aplicable que se invoca, y que la empresa decidió aplicar sin notificar a los trabajadores el cambio, no le afecta al no estar acreditado que se encuentre bajo al ámbito funcional del mismo cuando los criterios retributivos vienen determinados por el Convenio Colectivo del Metal.

La respuesta a este motivo debe ser la ya dada por esta Sala en las sentencias antes citadas en las que se ha dicho que *"A continuación con carácter subsidiario si no se estimara la existencia de una cesión ilegal, se alega la infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores a efectos de sucesión de empresas y una interpretación errónea del art. 35 del II convenio colectivo de la Industria de la producción audiovisual (técnicos) publicado en el BOE de 1-8-09. También el recurso de la empresa BIENVENIDO GIL S.L. consta de un solo motivo en el que, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del art. 35 del citado convenio colectivo, alegando que en virtud de dicho precepto el actor debió ser subrogado por GENERAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L. y por ello la condena por declaración de improcedencia (que debería producirse en su tesis) solo puede recaer sobre esta última y no sobre la recurrente. Coinciden ambos recursos en sostener que debe apreciarse la sucesión de empresas y consiguiente obligación de subrogación por parte de la nueva adjudicataria del servicio contratado por la UNED, GENERAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L., con base exclusivamente en que ha de aplicarse el citado precepto convencional, quedando excluido de la controversia cualquier otro enfoque, distinto de la subrogación convencional, que pudiera determinar la subrogación que se postula. El debate queda centrado, por tanto, en dilucidar si resulta de aplicación el II convenio colectivo de la Industria de la producción audiovisual (técnicos) publicado en el BOE de 1-8-09, ya que ni la empresa saliente ni la entrante lo venían aplicando en sus relaciones laborales, y la sentencia de instancia ha rechazado que sea ésta la norma convencional de aplicación, al entender que el convenio que rige la relación laboral del actor es el de Industria y comercio del metal que venía aplicando la empleadora. Conviene reproducir algunos de los preceptos del convenio que esgrimen los recurrentes, de la Industria de la producción audiovisual (técnicos): "Artículo 2.º Ámbito funcional. El presente Convenio constituye un cuerpo de normas reguladoras de las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual y los trabajadores/as que prestan sus servicios a las mismas. Quedan expresamente exceptuadas del ámbito de este Convenio: a) Las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual y los trabajadores/as que prestan sus servicios a las mismas cuando se trate de la producción b) Las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual y los trabajadores/as que prestan sus servicios a las mismas cuando estos dispongan de un convenio propio, tal como se establece en el artículo 8 del presente convenio. Artículo 3.º Ámbito personal. Este Convenio afecta a todos los trabajadores/as que, a su entrada en vigor o durante su vigencia, presten sus servicios, mediante un contrato laboral y cualesquiera que sean sus cometidos, en las empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito del mismo. Con el fin de incluir categorías específicas para guionistas y animación, las partes acuerdan crear una comisión específica que remitirá sus conclusiones a la mesa paritaria para, en su caso, ser incluidas en el cuerpo normativo del Convenio Colectivo. Quedan expresamente excluidos del ámbito de este Convenio: (...) g) Los trabajadores/as que presten sus servicios en empresas que -como las dedicadas a la prestación de servicios auxiliares o complementarios a la producción audiovisual- no estando sujetas al ámbito de este Convenio, tengan suscritos contratos de obras o servicios con empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito de este Convenio, aun cuando las actividades de estos trabajadores/as se desarrollen en los centros de trabajo o actividades de estas últimas". También en este aspecto litigioso hemos de compartir la acertada solución de la instancia. El convenio mencionado se aplica a las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual y sus trabajadores. Ni BIENVENIDO GIL S.L. ni obviamente la UNED son empresas de producción audiovisual, es decir, empresas que lancen al mercado productos o servicios audiovisuales. La primera es una empresa de servicios de mantenimiento y la Universidad no se convierte en empresa audiovisual - esto es obvio - porque utilice medios audiovisuales para registrar sus actos académicos. Por si no fuera claro lo anterior, es de observar que el convenio que se transcribe excluye expresamente a los trabajadores de empresas de servicios auxiliares o JURISPRUDENCIA 8 complementarios, contratistas de empresas de producción audiovisual, aunque las actividades se desarrollen en los centros o sedes de estas últimas. Es decir, que el criterio de la realización de tareas audiovisuales en la empresa principal, que es el aducido en los recursos, no sirve ni siquiera cuando se trata de empresas contratistas de verdaderas empresas audiovisuales, cuánto menos si la empresa principal, la UNED, no es una empresa de producción audiovisual. Por ello no cabe apreciar la subrogación de la nueva adjudicataria en virtud del precepto convencional citado, única causa que se ha alegado para sostener la sucesión empresarial del art. 44 ET , y en consecuencia debe rechazarse esta parte del motivo segundo del recurso del actor y el motivo único, y por tanto el recurso, de la empresa BIENVENIDO GIL S.L. con los efectos legales que se detallarán en el fallo. Se excluyen las costas por la impugnación del recurso efectuada por el demandante, al ser una impugnación meramente formal ya que existía coincidencia en las tesis de una y*



otra parte; y tampoco cabe imponer costas por la impugnación efectuada por la UNED, dado que se reconoce expresamente que el recurso de la empresa no puede afectar a dicha Universidad".

**QUINTO** . - Por último, el recurso de la parte actora insiste en la existencia de un despido improcedente al incurrir la extinción de la relación laboral en defectos formales.

También se ha dado respuesta por esta Sala a dicha cuestión diciendo que " *En cuanto a los requisitos de su terminación, reproducimos el fundamento de derecho quinto de dicha sentencia: "Como recuerda la sentencia de esta Sala sección 6ª de 26-9-05 rec. 2992/05, con cita de las sentencias del TS de 10-4-95 y 21-9-88, se requiere solamente denuncia expresa, pero ésta no se halla sujeta a ningún requisito de forma, ni en el art. 49.1.c) ET, ni en el art. 8 del RD 2720/98. El hecho de que sea adecuada la modalidad procesal de despido para enjuiciar el acto extintivo del contrato temporal, no debe llevar a la confusión de entender que también la forma de la extinción sea la misma en el despido disciplinario y en la denuncia del contrato temporal. De este modo, si la empresa efectúa la denuncia de extinción de un contrato temporal verbalmente y se acredita en el juicio este hecho, no deberá declararse la improcedencia del despido por defecto de forma, sino indagar si el contrato temporal era válido y si la extinción decidida por la empresa fue o no ajustada a la modalidad contractual temporal en cuestión"*.

**SEXTO** . - Por la empresa condenada, bajo un único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del artículo 35 del II Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual, insistiendo en la existencia de un deber de subrogación por la nueva adjudicataria del servicio.

El motivo debe ser desestimado por las razones ya apuntadas anteriormente y solo añadir que en orden a la determinación del convenio colectivo que vincula las relaciones laborales de la recurrente, como cuestión previa para advertir si existe una obligación de subrogación convencional, no es posible acudir al contenido de la contrata sino al ámbito de actividad de la empresa en general entendido por tal " *...la actividad real que aquélla desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios"*; doctrina ésta ratificada por la sentencia más reciente de 17 de marzo de 2015 (recurso casación 146/2015) " ( STS 18 de octubre de 2016, Recurso 205/2015 ).

Por lo expuesto

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por D. Prudencio y por BIENVENIDO GIL, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, de fecha 11 de abril de 2016, en sus autos nº 1023/2015, seguidos a instancias de D. Prudencio frente a BIENVENIDO GIL, S.L., GENERAL TECHNOLOGIES CONSULTING, S.L. y UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA, en reclamación por despido, confirmamos la sentencia de instancia, condenando a la demandada recurrente al abono de 400 € a los letrados impugnantes del recurso a cada uno de ellos, en concepto de honorarios y a la pérdida de lo depositado y consignado para recurrir una vez sea firme la presente resolución.

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

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.

**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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0844-16 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274



2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000084416 ) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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

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

**PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO