



Roj: **STSJ CV 6824/2012 - ECLI:ES:TSJCV:2012:6824**

Id Cendoj: **46250340012012102339**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2012**

Nº de Recurso: **2231/2012**

Nº de Resolución: **2671/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **INMACULADA CONCEPCION LINARES BOSCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 Recurso de Suplicación nº 2231/12

### **RECURSO SUPLICACION - 002231/2012**

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. Mercedes Boronat Tormo

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Francisco Javier LLuch Corell

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Inmaculada Linares Bosch

En Valencia, a treinta y uno de octubre de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

### **SENTENCIA Nº 2.671/2012**

En el RECURSO SUPLICACION - 002231/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2012, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO 5 DE ALICANTE, en los autos 000155/2011, seguidos sobre DESPIDO, a instancia de Clemente asistido por el letrado D. Francisco Cazorla Amoros, contra AYUNTAMIENTO DE ASPE asistido por el letrado D. Jose Maria Orellana Pizarro Ruiz De Elvira, SERVICIOS DEPORTIVOS S.C. asistido por el letrado D. Carlos Gabriel Pujalte Bevia, A.F.S. CONSULTORIA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L., Angelica (APOD. AFS CONSULT. GEST. ESPORT. SL), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE A.F.S. CONSULTORIA I GESTIÓ ESPORTIVA S.L.U y Blanca (ADDOR. CONCURSAL DE A.F.S CONSULTORIA), y en los que es recurrente AYUNTAMIENTO DE ASPE, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a Sr/a D/Dª. Inmaculada Linares Bosch.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente observancia. **DECIDO**: Estimar parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Clemente, frente **AYUNTAMIENTO DE ASPE, SERVICIOS DEPORTIVOS SC ; A.F.S. CONSULTORIA I GESTIÓ ESPORTIVA SL y Administración Concursal de AFS Consultoria i Gestió Esportiva SL.** sobre **DESPIDO**. Absolver a **SERVICIOS DEPORTIVOS SC ; A.F.S. CONSULTORIA I GESTIÓ ESPORTIVA SL y Administración Concursal de AFS Consultoria i Gestió Esportiva SL.** de lo petitionado contra ellos. Declarar la **IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO**, condenando al demandada AYUNTAMIENTO DE ASPE, a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, readmita al demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, o bien le indemnice Clemente en la suma de **1668,94,00 euros** condenándola igualmente, y en todo caso, a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la fecha de esta, a razón del salario declarado probado en el hecho primero; debiendo advertir a las empresas que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los **CINCO DIAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia**, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión.



**SEGUNDO** .- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: **1.** Clemente , con DNI NUM000 prestó servicios para con antigüedad de 19.10.2009 hasta 12.01.2011, con categoría profesional de recepcionista y salario de 889,96 euros mensuales, con prorrata de pagas extraordinarias, conforme el siguiente desglose. **2.** Desde el 19.10.2009 hasta el 27.04.2010 el actor prestó servicios para AFS CONSUTORIA i GESTIÓ ESPORTIVA SL, a la sazón concesionaria del Ayuntamiento de Aspe del servicio de piscina cubierta e instalaciones deportivas de la localidad citada. **3.** Desde el 28.04.2010 hasta 18.07.2010 el actor prestó sus servicios directamente para el Ayuntamiento de Aspe al resolverse por incumplimiento el contrato administrativo del servicio público de gestión y mantenimiento de la piscina cubierta e instalaciones deportivas municipales de Aspe suscrito por la mercantil AFS CONSULTORIA i GESTIÓ ESPORTIVA SL; subrogándose el Ayuntamiento en las relaciones laborales de los trabajadores de la mercantil. **4.** Desde el 05.07.2010 al 31.12.2010 el actor prestó servicios para la mercantil SERVICIOS DEPORTIVOS SC en el mismo lugar y con los mismos fines, al haber suscrito esta sociedad civil un contrato de concesión administrativa con el Ayuntamiento de Aspe, la misma que había mantenido que otras ya citadas empresas. **5.** Desde el 31.12.2010, que finaliza la última concesión mencionada y el Ayuntamiento de Aspe asume directamente la prestación del servicio mencionado, éste se subroga en la posición de empresario respecto del trabajador. **6.** El Ayuntamiento de Aspe, en fecha 03.01.2011 contrató a otra persona que realizara las funciones que hasta la fecha venía llevando a cabo el trabajador y el 12.01.2011 un agente de su policía local invitó al actor a que desalojara el lugar que consideraba su puesto de trabajo. **7.** A estas relaciones laborales le son de aplicación el II Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE 06.09.2006). **8.** Se ha llevado a cabo la reclamación administrativa previa.

**TERCERO** .- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada AYUNTAMIENTO DE ASPE, habiéndose sido impugnado por la parte demandante y parte demandada: ( SERVICIOS DEPORTIVOS S.C.). Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1.-Se recurre por representación letrada del Ayuntamiento de Aspe la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda, instada en materia de despido, declara improcedente el despido y condena al Ayuntamiento de Aspe a las consecuencias legales, absolviendo a los codemandados. El recurso se articula en tres motivos, el primero redactado al amparo de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -en adelante, LRJS-, interesando, en primer lugar, la revisión del hecho probado primero a fin de que donde dice "...salario de 889,98 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias conforme al siguiente desglose" diga, "...salario de 819,92 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias, basándose en los folios 17 a 19.

El recurrente se apoya en las últimas nóminas del actor en las que efectivamente consta que el salario bruto abonado ascendía a 819,92 con prorrata, por lo únicamente en estos términos se admite la revisión.

2. En segundo lugar, se interesa la adición al hecho probado segundo del siguiente párrafo, "A través de un contrato temporal, de 19-10-2009 a 18-1-2010, y la prórroga del mismo que fue hasta el 27-4-2010", basándose en los folios 14 a 16.

Ya consta en el hecho impugnado que el actor trabajo para la mercantil que se indica "Desde el 19.10.2009 hasta el 27.04.2010", por lo que la revisión postulada resulta intrascendente.

3. En tercer lugar, solicita la inclusión en el hecho probado tercero del siguiente párrafo, "la subrogación se realizó de forma voluntaria y de forma temporal hasta la nueva adjudicación de la contrata de servicio", basándose en el folio 19.

El recurrente se apoya en una resolución administrativa de 3-5-10, y conforme a reiterada doctrina para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, tal como ya manifestó el extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 29 de septiembre o 9-12-89 , por lo que no es posible introducir en el relato fáctico lo que constituye una conclusión valorativa.

4. En cuarto lugar, solicita la inclusión en el hecho probado cuarto del siguiente texto, "Prestó servicios laborales, para Servicios Deportivos SC sociedad civil que asumió temporalmente la prestación del servicio de la piscina municipal del Ayuntamiento de Aspe; empresa que formalizó con el actor dos contratos por obra o servicio determinado uno comprendido entre el 5-7-2010 al 8-9-2010 por tiempo completo y otro comprendido



del 1-10-2010 hasta finalización de obra/servicio a tiempo parcial de 39 horas semanales y retribución de 819,92 euros", basándose en los folios 27 a 30.

De la documental en que se apoya el recurrente, contratos de trabajo, se desprende que el actor suscribió con la citada sociedad dos contratos por obra o servicio determinado uno comprendido entre el 5-7-2010 al 8-9-2010 por tiempo completo y otro comprendido del 1-10-2010 hasta finalización de obra/servicio a tiempo parcial de 39 horas semanales, por lo que en estos términos se admite la adición.

5. Por último, interesa la inclusión al inicio del hecho probado quinto del siguiente texto, "En fecha 31-12-2010 la empresa Servicios Deportivos SC comunicó al actor la finalización del contrato de trabajo temporal, cursando baja en la empresa con el motivo fin de obra, firmando el trabajador dicho documento con entregado no conforme", basándose en el folio 39; asimismo interesa la supresión de la frase "este se subroga en la posición de empresario respecto al trabajador", por ser una conclusión jurídica, y que en su lugar se diga, "desde el 31-12-2010 el Ayuntamiento de Aspe asume directamente la prestación del servicio de la piscina municipal hasta la nueva adjudicación", con apoyo en los folios 46 a 48.

La documental en que se apoya el recurrente, folio 39, consiste en escrito de 31-12-10 por el que Servicios Deportivos SC comunicó al actor la finalización del contrato de trabajo temporal con el motivo fin de obra, firmando el trabajador dicho documento con entregado no conforme, por lo que en estos términos se admite la adición, asimismo procede la supresión de la frase, "...éste se subroga en la posición de empresario respecto del trabajador", por suponer una conclusión jurídica impropia de figurar en el relato fáctico, y en cuanto a la asunción por el Ayuntamiento de la prestación del servicio ya consta en el hecho impugnado por lo que resulta innecesaria.

**SEGUNDO** .- El segundo motivo se dice redactado al amparo de la letra a) del artículo 193 de la LRJS , alegando el recurrente, en primer lugar, que la sentencia incurre en incongruencia omisiva y falta de motivación por no entrar a conocer de la excepción de caducidad alegada por el recurrente y por Servicios Deportivos SC, denunciando la infracción del art. 218.1 y 208.2 y 209 de la LEC y art. 24 de la CE , con cita de sentencia de TSJ que no conforma jurisprudencia ( art. 1.6 CC ); sostiene el recurrente que se alegó caducidad de la acción desde el 18-7-10 en que el actor comenzó a trabajar para Servicios Deportivos SC, o desde el 31-12-10, y la reclamación previa se interpuso en enero de 2011, y la sentencia dice que no procede la caducidad sin motivar el porqué, con cita de STS 19-9-03 y 30-6-08 . En segundo lugar, alega incongruencia omisiva por falta de motivación con cita del art. 218.1 y 3 de la LEC ; sostiene el recurrente que la controversia fue el alegado por el actor fraude de ley en la contratación y la sentencia considera que no hubo fraude y sin embargo condena al recurrente. Por último se alega falta de motivación de la sentencia con cita del art. 218.2 de la LEC , respecto a la subrogación que aplica la Ayuntamiento.

El motivo no puede estimarse pues la sentencia está razonada y motivada, por lo que en ningún caso procedería su nulidad ya que ninguna indefensión se ha causado al recurrente, quien dispone del cauce previsto en los apartados b ) y c) del art. 193 de la LRJS para combatirla; respecto a la alegada excepción de caducidad de la acción, y tras la revisión admitida, se acredita que la codemandada Servicios Deportivos SC comunicó al actor la finalización del contrato de trabajo temporal, cursando baja en la empresa con el motivo fin de obra, firmando el trabajador dicho documento con entregado no conforme, por lo que desde tal fecha el actor pudo accionar, y siendo que la reclamación previa frente al Ayuntamiento se presentó el 20-1-11 y la demanda el 23-2-11, no cabe apreciar en cuanto al Ayuntamiento recurrente dicha excepción, pues se accionó dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 59 del ET .

**TERCERO** .- 1. El tercer motivo del recurso se redacta al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS , denunciando en primer lugar, la infracción del art. 82.2 y 83 del ET en relación con el art. 25 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas . Sostiene el recurrente que el Ayuntamiento no viene obligado por tal Convenio, con cita de STS de 10-12-08 , 14-3-05 y 26-4-06 y art. 37.1 de la CE , que dicho Convenio fue negociado por la Federación Nacional de empresarios de instalaciones deportivas, empresarios privados. En segundo lugar, denuncia la aplicación del art. 25 del II Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios ; y en tercer lugar, se denuncia la infracción de la Directiva Europea 2001/23 estudiada en Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 20-1-11 , con transcripción parcial de la misma; sostiene el recurrente que el Ayuntamiento no se ha hecho cargo de la plantilla el 31-12-10 por lo que no procede la subrogación ni via art. 44 del ET y el actor dejó de formar parte de la plantilla de la empresa saliente el 31-12-10.

2. El II Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 6-9-06), negociado por la federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas, en su art. 1 respeto al ámbito funcional indica, "El presente Convenio es de aplicación y regula las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que tengan por objeto o actividad económica la oferta y/o prestación de servicios de ocio-deportivo, ejercicio físico o práctica físico-deportiva, vigilancia acuática y la



misma: Se realice en gimnasios o en instalaciones, establecimientos, locales, clubes de natación, deportivos, tenis, etc. de titularidad pública o privada, equipados o habilitados para desarrollar la actividad empresarial antes indicada. Se realice mediante subcontrata o relación jurídica con otras empresas o entidades privadas en las que el objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de las actividades indicadas en el primer párrafo de este artículo. Se realice mediante contratos administrativos o relación jurídica con administraciones públicas, bajo cualquier forma válida en derecho en las que el objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de las actividades indicadas en el primer párrafo de este artículo...". Por tanto es claro que dicho convenio no es aplicable al Ayuntamiento demandado, pues es reiterada la jurisprudencia que indica que la eficacia personal de los convenios se refiere a las relaciones de trabajo presentes, futuras y pasadas en la correspondiente unidad de negociación, así la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1.996, en la que se dice que, "la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, establecida por el art. 83,1 ET, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad comercial de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación, representatividad que es considerada por el art. 87 del propio cuerpo legal a efectos de fijar la que se precisa para gozar de la necesaria legitimación, con distintas reglas según cuál fuera aquélla. El convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado art. 82,3 citado ET al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio". Por consiguiente y en virtud de lo expuesto, cabe concluir que no cabe imponer al Ayuntamiento demandado una obligación de subrogación en el contrato de trabajo del actor derivada de un convenio colectivo que no le resulta de aplicación por referirse a un ámbito personal y funcional diferente.

Sentado lo anterior, tampoco es aplicable al presente supuesto lo dispuesto en el art.44 del ET, pues su aplicación requiere ineludiblemente un presupuesto fáctico, cual es que se haya producido un cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, pero no cuando el propio Ayuntamiento asume directamente el servicio de piscina e instalaciones deportivas, y contrata a un nuevo trabajador, sin que conste que se haya hecho cargo de los trabajadores anteriormente destinados a esta actividad por la empresa que tenía la contrata, ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de dicha empresa. Por lo que debe concluirse que al recurrente no le alcanza ninguna responsabilidad en el cese del actor, procediendo la estimación del recurso.

3. Siendo que también es parte codemandada la empresa Servicios Deportivos SC, debe tenerse en cuenta que dicha empresa comunicó al actor su cese el 31-12-10, por lo que desde dicha fecha el actor pudo y debió accionar frente a la misma, pues consta probado que el día 3-1-11 el Ayuntamiento contrató a otra persona para que realizase sus funciones, y el hecho de que la policía local invitase al actor a desalojar el lugar el 12-1-11 no implica que la relación laboral se prolongase hasta dicha fecha, de manera que conociendo el actor que quien le había contratado era la indicada SC y que esta le comunicó su cese por fin de contrato el 31-12-10, pues el mismo aportó la documentación, la interposición de la reclamación previa contra el Ayuntamiento no fue un error en la designación del demandado, pues el actor sabía para quien prestaba servicios y quién le había cesado y dirigir la acción contra el Ayuntamiento no fue un error sino la voluntad de que fuese el órgano municipal quien respondiera de su acción de despido, acción que finalmente dirigió contra la SC el 11-3-11, fuera de plazo, cuando la acción ya había caducado ( STS 19-10-10. rec.4453/09 ). Procediendo en atención a lo expuesto, estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia de instancia.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Ayuntamiento de Aspe, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Alicante, de fecha 27-1-2012; y, en consecuencia, con desestimación de la demanda absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mimos formuladas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600' 00 en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito, cuenta **4545 0000 35 2231 12**. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la



clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

**PUBLICACIÓN** .- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /a Secretario/a judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ