



Roj: **STSJ CANT 1040/2014 - ECLI:ES:Tsjcant:2014:1040**

Id Cendoj: **39075340012014100615**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2014**

Nº de Recurso: **750/2014**

Nº de Resolución: **877/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000877/2014

En Santander, a 4 de diciembre de 2014.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ (PONENTE)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Fernando , D. Narciso , D. Carlos Alberto y D. Benjamín contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Fernando , D. Narciso , D. Carlos Alberto y D. Benjamín siendo demandados PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA, S.A. y otros sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 9 de Mayo de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

"1º.- Los actores han venido prestando sus servicios para las empresa Club Parayas S.D., con las siguientes características: Don Fernando , desde el 1 de junio de 1993, categoría de peón de mantenimiento y salario de 70,33 euros día con prorrata de pagas extraordinarias. Don Narciso , desde el 1 de agosto de 1997, categoría de peón de mantenimiento y salario de 63,44 euros día con prorrata de pagas extraordinarias. Don Benjamín , desde el 3 de abril de 1994, categoría guarda y salario de 63,72 euros día con prorrata de pagas extraordinarias, desempeñando funciones de mantenimiento según la carta de despido. Don Carlos Alberto , desde el 15 de enero de 1990, categoría de carpintero y salario de 71,79 día con prorrata de pagas extraordinarias, desempeñando funciones de mantenimiento según la carta de despido.

2º.- Por carta de 20 de diciembre de 2013, el Club Parayas S.D. comunicó a los actores la extinción de sus contratos a dicha fecha, alegando causas objetivas productivas y organizativas de la empresa, poniéndoles a su disposición mediante transferencia de dicha fecha, la diferencia entre el importe indemnizatorio de 20 días de salario por año trabajado y la cantidad que le corresponde abonar al Fondo de Garantía Salarial. Dicha cartas se notificaron por burofax a los actores los días 26, 29 23 y 23 de diciembre de 2013 respectivamente, no



constando que en dicha fecha le fueran notificadas todas las cartas a la representante sindical Doña Elisabeth y si, en cambio, que así se hiciera por escrito, con fecha 8 de enero de 2014 (doc. 0).

En la referida carta, que se da por reproducida, se expone "que la necesidad de recurrir a terceros para actividades como las de arreglo de piscinas, calderas, iluminación, reparaciones eléctricas, sistemas de ventilación, fontanería etc., suponen para el Club un gasto en cuantía cercana a los 40.000 euros anuales, circunstancia que unido al coste salarial de esta estructura de cuatro operarios (100.000 euros al año aprox.) hace que el coste anual para el Club por las tareas de mantenimiento de las instalaciones supere los 140.000 euros. El Club se encuentra actualmente en una situación económica muy precaria, habiendo arrojado unas pérdidas en el ejercicio 2012 de -56.113,67 euros y unas pérdidas provisionales a fecha 31/10/2013 de -65.764,16 euros. En esta situación se hace necesario la búsqueda de un tercero que permita, por un lado una gestión integral del mantenimiento de las instalaciones del Club así como un recorte en el coste de este servicio, habida cuenta de la situación económica en la que se encuentra inmerso el Club. Así, se han venido manteniendo contactos en los dos últimos meses con la empresa PILSA del Grupo ALENTIS, que ofrece la posibilidad de realizar servicios de mantenimiento integral de instalaciones deportivas, tales como la limpieza profesional de interiores y viales exteriores de las instalaciones del Club, jardinería, conservación y mantenimiento de edificios, mobiliario e instalaciones deportivas, así como reparación de instalaciones eléctricas, fontanería, agua, gas, frío y calor. Además se pone a disposición del Club un servicio de atendida 24 horas del que hasta la fecha no disponíamos. Esta empresa además utiliza para la prestación del servicio su propia maquinaria y sus propios productos consumibles, de tal forma que el Club tampoco debería adquirir ni llevar un control de los stocks de producto, ni la reparación y mantenimiento de dicha maquinaria. En este escenario y tras valorar ambas opciones, la Junta Directiva ha adoptado la decisión el pasado 12/12/2013 de suscribir contrato de prestación de servicios con PILSA, que entrará en vigor el próximo día 21/12/2013. Esta externalización del servicio de mantenimiento permitirá, por un lado integrar en un solo servicio dichas tareas, ya que hasta la fecha además del propio servicio de mantenimiento "interno" se disponía de toda un red de proveedores para distintas incidencias en las instalaciones que había que abonar de forma independiente y sin que ello se realizara de una forma inmediata por la falta de disponibilidad en ocasiones de alguno de ellos. Desde un punto de vista económico, la propuesta formulada por PILSA supondrá un ahorro considerable para el Club, puesto que el coste de los servicios anteriormente indicados asciende aproximadamente a 71.079,96 euros (IVA no incluido), produciéndose por tanto un ahorro de 70.711,40 euros, que sin duda contribuirá a optimizar los recursos económicos de los que dispone el Club y a paliar las pérdidas de los dos últimos ejercicios. Esta externalización de los servicios de mantenimiento afecta directamente a su puesto de trabajo por cuanto las tareas que Ud. desarrollaba van a quedar vacías de contenido por el contrato firmado por el Club, de forma que se cumplen los requisitos organizativos y productivos que para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas ampara el art. 52 c) en relación con las definiciones contenidas en el art. 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores".

3º.- El 40% de la cantidad que le corresponde pagar al Fondo de Garantía Salarial conforme con sus topes legales es inferior al 40% de la indemnización por despido objetivo.

4º.- Las relaciones de las partes se rigen por el convenio colectivo de empresa que en su art. 7.6 establece "Estabilidad en el empleo. En caso de que se acuerde por la Junta Directiva la externalización de algunas funciones propias de los trabajadores de la empresa, ésta garantizará la estabilidad en el empleo de todos los trabajadores afectados".

5º.- En el expediente de regulación de empleo temporal llevado a cabo con fecha 21 de febrero de 2013 se acordó entre las partes, con el carácter de pacto vinculante, en relación con los trabajadores dedicados a las labores de mantenimiento, - actores de este procedimiento-, y otros más, la suspensión de los contratos de trabajo de Don Fernando y de Don Narciso desde el día 1 de marzo de 2013 al 20 de mayo de 2013 y desde el 1 de diciembre de 2013 al 20 de febrero de 2014 y la suspensión de los contratos de Don Carlos Alberto y de Don Benjamín desde el día 1 de septiembre de 2013 al 30 de noviembre de 2013.

6º.- Con fecha 13 de diciembre de 2013 el Club Parayas S.D. comunicó a la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Cantabria, al Servicio Público de Empleo Estatal y a sus trabajadores y a sus representantes legales, que a partir del 16 de diciembre de 2013 se dejaba sin efecto el expediente de regulación de empleo.

7º.- A fecha 20 de diciembre de 2013 los trabajadores del Club Parayas S.D. eran 24. (Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social).

8º.- Con fecha 13 de diciembre de 2013 el Club Parayas S.D. y las empresas Proyectos Integrales de Limpieza S.A. (PILSA) y Centro Especial de Empleo de Proyectos Integrales de Limpieza S.A. (CEEPILSA) suscribieron contrato de mantenimiento de las instalaciones y equipos del Club Parayas S.D. con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 y un precio de 71.079,96 euros, sin que en dicho



contrato conste ninguna obligación de subrogación del personal que prestaba los servicios en el Club Parayas.

9º.- El Club Parayas S.D. está domiciliado en la Av. de Parayas nº 130 de Maliaño. La mercantil Inmobiliaria Parayas S.A., también domiciliada en la Av. de Parayas nº 130 de Maliaño tiene por objeto social la adquisición y tenencia de una o varias fincas rústicas o urbanas con la finalidad de construir en ellas inmuebles e instalaciones deportivas destinadas a la práctica del deporte aficionado, cediendo para su utilización las instalaciones deportivas e inmuebles propiedad de la misma al Club Parayas S.D. para que dicha asociación pueda cumplir los fines para los que ha sido creada.

La mercantil Global Sport Norte S.L. domiciliada en el Pasaje Peña nº 4, 8º de Santander tiene por objeto la gestión y explotación de centros de deporte y polideportivos, públicos o privados, bien directamente, bien mediante su cesión a terceros, la explotación de todo tipo de negocios de hostelería públicos y privados y en especial de cafeterías, panadería-pastelería, bien directamente, bien mediante cesión a terceros, la gestión y explotación de centros médicos, de fisioterapia y estética, públicos o privados, gestionados bien directamente, bien mediante su cesión a terceros. Dicha mercantil es la empresa que asesora del Club Parayas S.D. por un precio de 7.000 euros mensuales.

10º.- Los actores, no ostentan ni han ostentado en el año anterior al despido la condición de delegados de personal o miembros del comité de empresa.

11º.- El preceptivo acto de conciliación instado, terminó sin avenencia y sin la presencia de las empresas demandadas."

TERCERO .- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Se estima parcialmente la demanda formulada por Don Fernando , Don Narciso , Don Benjamín y Don Carlos Alberto contra las empresas Club Parayas S.D., Inmobiliaria Parayas, Santander Global Sport S.A., Pilsa y Ceepilsa, se declara nulo el despido efectuado a los actores, se condena a las empresas Club Parayas S.D. y a la Inmobiliaria Parayas S.A. a la readmisión inmediata de los actores con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta su efectiva readmisión y se absuelve a las empresas Santander Global Sport S.A., Pilsa y Ceepilsa de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por las partes contrarias, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores formulan recurso frente a la sentencia dictada en instancia que ha estimado en parte su demanda de despido, declarando la nulidad del mismo y condenando a las empresas CLUB PARAYAS S.D. y a IMNOBILIARIA PARAYAS S.A., a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración.

La sentencia absuelve a las empresas codemandadas, SANTANDER GLOBAL SPORT S.A., PILSA y CEEPILSA de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Frente a dicho pronunciamiento se alzan los actores, a fin de obtener la condena solidaria de las empresas codemandadas PILSA y CEEPILSA.

En el recurso articulan tres motivos. En el primero de ellos, con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 LRJS, instan la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida y en el segundo, con fundamento en el apartado c) del mismo artículo 193 LRJS, denuncian la vulneración de lo dispuesto en los artículos 7 del convenio de la empresa Club Parayas S.D., art. 25 del convenio estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y en los artículos 43 y 44 ET.

En el tercer motivo de recurso solicitan la imposición de costas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 97 LRJS.

SEGUNDO.- DOCUMENTACIÓN APORTADA POR LAS PARTES.

En el escrito de impugnación, las empresas CLUB PARAYAS S.D., INMOBILIARIA PARAYAS S.A. y GLOBAL SPORT NORTE, S.L., se oponen a la imposición de costas y adjuntan dos actas del Orecla, de fecha 9-1-2014 y 17-1-2014.

Mediante escrito de 11-9-2014, los actores desistieron de la solicitud de condena en costas de la mercantil Club Parayas S.D. por la reclamación formulada por los Sres. Narciso , Benjamín y Carlos Alberto , pero la mantuvieron respecto a todas las empresas demandadas por la reclamación del Sr. Fernando . Junto a dicho escrito adjuntan el acta de conciliación de fecha 21-1-2014.



Finalmente, en fecha 26-9-2014, las codemandadas CLUB PARAYAS S.D. e INMOBILIARIA PARAYAS S.A. aportaron el acta de conciliación de fecha 9-1-2014.

Las actas de 17-1-2014 y 21-1-2014 constan unidas a los folios nº 18 y 19 de las actuaciones, pero no consta el acta de fecha 9-1-2014.

El artículo 233 LRJS regula la admisión de prueba documental aportada en fase de recurso del modo siguiente:

" 1. La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos.

2. El trámite al que se refiere el apartado anterior interrumpirá el que, en su caso, acuerde la Sala sobre la inadmisión del propio recurso."

Por tanto, cabe aportar resoluciones judiciales o administrativas firmes, documentos decisivos para la resolución del recurso. Los que puedan dar lugar a un recurso de revisión o los que fueran necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

De la documental que se adjunta sólo cabe unir el acta de fecha 9-1-2014 (folio nº 1744). Las actas de 17-1-2014 y 21-1-2014 ya constan unidas a los folios nº 18 y 19 de las actuaciones, por lo que su aportación resulta intrascendente. Pero la de 9-1-2014 no obra en las actuaciones. La parte impugnante, que la aporta (Club Parayas, Inmobiliaria Parayas y Global Sport Norte), advierte de la existencia de un error, seguramente mecanográfico, en el hecho probado undécimo de la sentencia de instancia. En el mismo se indica que las demandadas no comparecieron al acto de conciliación extrajudicial. Como se advierte en las referidas actas de conciliación la empresa Club Parayas ha asistido a los actos de conciliación celebrados el 9-1-2014 y el 17-1-2014, que se corresponden a las demandas formuladas, en primer lugar, por el Sr. Fernando y en segundo término, por los Sres. Narciso , Benjamín y Carlos Alberto .

Por tanto, debe subsanarse el error advertido en la forma indicada, al ser éste manifiesto y evidente.

TERCERO.- REVISIÓN FÁCTICA.

En el motivo de revisión fáctica solicita la inclusión en el hecho probado octavo del siguiente texto: " el contenido de dicho contrato consta en el folio 1251 y ss. y se tiene por reproducido".

La inclusión del extremo indicado carece de trascendencia. El hecho probado octavo ya recoge las principales condiciones pactadas en el contrato concertado entre las partes en fecha 13-12-2013. Dicho contrato obra unido, no al folio que se indica (folio nº 1251), sino a los folios nº 1253 y ss.. La fecha de efectos del contrato se fijó el día 21-12-2013, esto es, al día siguiente del despido de los actores (folio nº 1284), con una duración de un año. Lo que obra a los folios nº 1249 a 1252 es la oferta del servicio de mantenimiento.

Con tales datos, resulta claro que el contrato concertado debe entenderse reproducido en la sentencia de instancia, lo que hace innecesario añadir el texto que se propone.

CUARTO.- INFRACCIONES JURÍDICAS.

En el motivo de infracción jurídica alega varias cuestiones. En primer lugar, sostiene que las empresas codemandadas deben ser condenadas solidariamente junto a la CLUB PARAYAS S.D. e INMOBILIARIA PARAYAS S.A., porque habrían incumplido lo dispuesto en el convenio colectivo para supuestos de externalización (artículos 7 del convenio de empresa y 25 del convenio del sector). Dichas empresas -Pilsa y Ceepilsa- han asumido una contrata que se corresponde con los puestos de trabajo desarrollados por los actores, lo que las obligaba a mantenerlos en plantilla.

Por otro lado, alega que se habría producido una sucesión ilegal de trabajadores, pues la contrata de servicios es aparente, se desarrolla en los locales de la principal, bajo su control y supervisión, con sus materiales y signos distintivos, por lo que se habría infringido lo dispuesto en el artículo 43 ET .

Por último, alega infracción del contenido del artículo 44 ET . Sostiene que en cualquier caso, la nueva empresa sólo habría aportado el personal, se trata de una actividad cuyo principal activo es la mano de obra, por lo que igualmente procedería la condena solidaria que solicita.



1.- En primer lugar, es necesario puntualizar que la subrogación convencional y la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores son supuestos distintos. Cada una de ellas cuenta con una regulación propia.

Por tanto, pueden existir supuestos de subrogación legal del artículo 44 ET totalmente ajenos a la subrogación convencional. En tales casos, la situación se registrará única y exclusivamente por la normativa legal.

No obstante, existen también casos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas. En tales casos, la relación entre la norma legal y la convencional se rige por las previsiones del artículo 3 ET. El convenio colectivo puede mejorar el marco legal en beneficio de los trabajadores, pero no puede reducir los derechos y garantías de éstos por debajo de ese mínimo legal.

Por consiguiente, una vez que a la vista de las circunstancias nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas, se impone la transmisión de la relación jurídico laboral por imperativo legal y la misma, no puede ser excluida por el convenio colectivo.

Esto nos lleva a analizar, en primer lugar, si en este caso se ha producido una sucesión del artículo 44 ET.

En cuanto a la existencia de sucesión de empresas, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET, es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular.

Uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe de forma efectiva la explotación o que se reanude (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-3-1997, caso Sützen).

La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (S. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-9-1995, caso Rygaard).

De este modo, el concepto de entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio (S Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 11-3-1997).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, entre las cuales se encuentra el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. La transmisión o no elementos materiales como edificios y otros bienes muebles. El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. Que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. Que se haya transmitido o no la clientela. Finalmente, deberá analizarse el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-5-1992 (Redmond Stichting, asunto C-29/1991), entre las circunstancias que han de considerarse se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar del hecho de que se trate de una actividad esencialmente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos sea coincidente.

Debe considerarse, en cualquier caso, que los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc., son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 18-3-1986 y 11-3-1987).

Por otro lado, la denominada "sucesión de plantilla" ha sido admitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27-10-2004 (Rec. 899/2003), seguida por las SSTs de 4-4-2005 (Rec. 2423/2003), 29-5-2008 (Rec. 3617/2006), 28-4-2009 (Rec. 4614/2007), 23-10-2009 (2684/2008), 7-12-2009 (Rec. 2686/2008), 7-12-2011 (Rec. 4665/2010), 13-6-2013 (RJ 2013/5724), 20-11-2012 (Rec. 3900/2011), 19-9-2012 (Rec. 3056/2011), entre otras.

Se admite la existencia de sucesión del artículo 44 ET, como "sucesión de plantillas", en la STS 27-6-2008 (Rec. 4773/2006), para la actividad de limpieza y mantenimiento. El hecho de que la empresa se haya hecho cargo de buena parte de la plantilla determina que pueda considerarse como una unidad económica independiente aunque no haya habido transmisión patrimonial alguna y exista una falta de coincidencia del objeto social y de la actividad de la contratada.



Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores como el de la STS de 28-2-2013 (Rec. 542/2012), para actividades de seguridad, o la STS de 5-3-2013 (Rec. 3984/2011). En esta última se recuerda la jurisprudencia actual, que modificó en parte, la precedente. Tradicionalmente se exigía que el objeto de la transmisión fuera un conjunto organizado de personas y elementos que permitiese el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio. Ahora bien, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto organizado de trabajadores, que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, puede considerarse como una unidad productiva autónoma, sin necesidad de transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario y sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

Esta sentencia declara que esta doctrina es aplicable a supuestos en los que se produce una sucesión de contratatas o adjudicaciones y la empresa entrante ha incorporado al desempeño de los servicios una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente, en una actividad en la que es principal la mano de obra.

Por tanto, la sucesión de contratatas con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de los siguientes elementos.

La empresa entrante sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades por cuenta de un tercero.

Los servicios o actividades han de ser sustancialmente iguales.

La nueva adjudicataria ha de incorporar al desempeño de los servicios a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la anterior y el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata ha de ser la "mano de obra" organizada.

No habrá sucesión, en los términos del artículo 44 ET, cuando concurren tales requisitos. Entonces deberá verificarse si cabe aplicar una sucesión convencional o no. Así lo dispone la reciente STS de 25-2-2014 (Rec. 646/2013), al afirmar que en las contratatas sucesivas de servicios en las que no se transmite una unidad productiva autónoma, "sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97-rec. 164/97-; 29/01/02-rec. 4749/00-; 15/03/05-rec. 6/04-; y 23/05/05-rec. 1674/04-)...".

En los casos en los que concurra una sucesión de plantilla, la consecuencia es que la empresa sucesora no puede dejar de subrogar los contratos de parte de los trabajadores. Si se ha producido una sucesión en el sentido establecido por el artículo 44 ET, la sucesora pasa a ser, en virtud de disposición legal, empleadora de todos los trabajadores adscritos a la unidad productiva traspasada. La negativa a reconocer la vigencia de la relación laboral con alguno de ellos configura un despido al margen de la legalidad, que podrá calificarse como improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes.

De este modo, si la empresa sucesora estima que por razones productivas, organizativas o de otra clase no necesita a toda la plantilla de la unidad productiva, deberá proceder a la extinción de los contratos por las vías previstas en la normativa para ello, pero no puede negar la sucesión de empresas.

En el presente caso, estamos ante una actividad basada esencialmente en la mano de obra. Se trata de una actividad de mantenimiento en la que adquiere singular relevancia el elemento personal, pues el desempeño del servicio contratado depende casi exclusivamente del elemento personal que lo ejecuta.

El servicio de mantenimiento descansa, en esencia, en la aportación de mano de obra. Así se ha afirmado en las SSTS de 27-10-2004 y 27-6-2008.

Siguiendo la doctrina comunitaria en sectores como el de mantenimiento en los que la actividad descansa en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad, cuando se produce una transmisión y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario, en términos de número y competencia.

De este modo, los elementos a considerar, conforme al inmodificado relato fáctico de la sentencia recurrida son los siguientes. En primer lugar, no existe constancia de que alguno de los trabajadores de las empresas condenadas hayan pasado a las empresas con las que se contrató la externalización del servicio de mantenimiento.



Por tanto, aunque la actividad desplegada por la nueva empresa continúe desarrollándose en las mismas instalaciones que la anterior, es evidente que no nos encontramos ante la existencia de la denominada sucesión "de plantilla".

Como se ha visto, la naturaleza de la actividad que se continúa desarrollando es un elemento fundamental para establecer si cabe o no considerar la existencia de una sucesión de plantillas. Pero en los casos en los que el elemento personal sea suficiente para considerar la existencia de una unidad productiva autónoma, en el sentido que apuntan las SSTS de 20, 21 y 27 de octubre de 2004 (Recs. 4424/2003, 5075/2003 y 899/2002) es necesario que esa efectiva asunción de plantilla se produzca. En caso contrario, esto es, cuando la nueva empresa no ha asumido a la plantilla de la anterior ni ha continuado la actividad con dichos trabajadores, en principio, no cabe entender que se ha producido una sucesión.

Además, en el caso que nos ocupa tampoco se acredita la existencia de una transmisión de elementos patrimoniales entre dichas empresas.

Por ello, el motivo no puede ser estimado. No existe sucesión empresarial a los efectos del artículo 44 del ET y por tanto, tampoco puede exigirse a la nueva contratista la subrogación de los trabajadores pertenecientes a la plantilla de Club Parayas S.D.

En definitiva, no nos encontramos ante un supuesto de sucesión legal de empresas.

2.- Por otro lado, en lo que respecta al incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 7 del convenio de la empresa Club Parayas y 25 del convenio del sector, la primera cuestión a dilucidar es la relativa al convenio colectivo aplicable.

La STS de 12-7-2011, que recoge los previos pronunciamientos de las SSTS 15-12-1997 (Rec.184/97), 14-3-2005 (R. 6/2004), 26-4-2006 (Rec. 38/2004) y 10-12-2008 (Rec. 2731/2007), ha establecido que "el convenio colectivo no puede, 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 artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores 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".

En el presente caso, la empresa Club Parayas tiene su convenio propio, con obligación de mantener la estabilidad en el empleo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.6, en caso de externalización de servicios, la empresa debe garantizar a los trabajadores la estabilidad en el empleo y en caso de desaparición, extinción o disolución de la sociedad adjudicataria ha de reintegrar al personal en sus puestos anteriores.

Por su parte, el convenio del sector en su artículo 25 impone la obligación de subrogar al persona, en casos de empresas que sustituyan en la gestión de servicios tanto públicos como privados, siempre que se trate de actividades sujetas al convenio.

Ahora bien, el convenio obliga a las empresas incluidas en su ámbito funcional (artículo 4 del convenio de instalaciones deportivas y gimnasios).

El ámbito funcional está regulado en el artículo 1 y comprende empresas de prestación de servicios de ocio-deportivos, ejercicio físico, práctica físico-deportiva, vigilancia acuática, cuando la misma se realice en los modos siguientes. Que dicha actividad se desarrolle en gimnasios o instalaciones, establecimientos, locales, clubs de natación, deportivos, tenis, etc..., ya sean de titularidad pública o privada, equipados o habilitados para ello. Que se realice mediante subcontratas o relaciones jurídicas con otras empresas o entidades privadas en las que el objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de actividades indicadas en el párrafo primero del artículo 25. Mediante contratos administrativos u otras relaciones jurídicas con administraciones públicas cuyo objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de actividades indicadas en el párrafo primero del artículo 25 o las que se realicen mediante la organización de competiciones, eventos o espectáculos de carácter físico-deportivo.

Igualmente, están incluidas las actividades de este tipo desarrolladas fuera de dichos establecimientos. Se incluyen las empresas que tengan como objeto principal el desarrollo de tales actividades con independencia de otras complementarias y las empresas dedicadas a actividades deportivas de golf y náuticas.

Por tanto, la nota común es el desarrollo de actividades de carácter físico-deportivo, ya sea directamente o mediante la suscripción de un contrato con una entidad privada o pública.

En el caso que nos ocupa, no consta el objeto social de las contratistas. Lo único que consta es que la contrata se concertó para el desarrollo de la actividad de mantenimiento. Esta actividad no está incluida en el ámbito



funcional del convenio colectivo que se indica, por lo que no cabe alegar infracción de lo dispuesto en el artículo 25 de la referida norma convencional.

3.- Por último, se alega la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores. Tampoco esta alegación puede prosperar.

La cuestión planteada permite recordar que el fenómeno de la descentralización productiva permite a la empresa principal confiar a la contratista la realización de una parte de su actividad, suficientemente diferenciada, ya sea una actividad permanente o temporal, principal o complementaria aunque imprescindible, abonando por ello, un precio.

Cuando esta diferenciación no sea posible y la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de los empleados de la contratista se habrá producido una desnaturalización de la contrata, ya que ésta habrá quedado reducida a la mera provisión de la mano de obra, siendo la empresa principal quien directamente recibe los frutos del trabajo. Se habrá producido entonces una cesión ilícita de mano de obra y no una contrata [SSTS 27-1-2011 (Rec. 1784/2010), 4-7-2012 (Rec. 967/2011), 5-11-2012 (Rec. 4282/2011), 19-6-2012 (Rec. 2200/2011), 29-10-2012 (Rec. 4005/2011) y 6-3-2013 (Rec. 616/2012), entre otras].

Ahora bien, esta materia está claramente condicionada por los concretos datos objetivos, consignados en el relato fáctico de la sentencia recurrida, que deben examinarse a la luz de los referidos criterios jurisprudenciales.

Debe tomarse en consideración que la delimitación entre la figura de la cesión ilegal de trabajadores y las lícitas contrataciones o encomiendas de servicios, si bien son claros en la doctrina, sin embargo, pueden ser difusos en muchos supuestos prácticos, lo que exige considerar los concretos extremos fácticos de cada supuesto en cuestión.

De este modo, el propio Tribunal Supremo ha negado la existencia de cesión ilegal, dentro del ámbito de la gestión indirecta de determinados servicios, en supuestos como el resuelto en la Sentencia de 11-7-2012 (Rec. 1591/2011), en la que destaca que la finalidad de la prohibición de la cesión ilegal de trabajadores es la de "evitar los fenómenos de interposición, tanto los que tienen un carácter específicamente fraudulento, como los que producen en general un efecto de disociación entre la posición empresarial real y las obligaciones y responsabilidades derivadas de esa posición en el marco del contrato de trabajo".

Descendiendo al concreto análisis del supuesto que nos ocupa, en aras a calificar la existencia de una eventual cesión ilegal, resulta determinante el examen de las circunstancias en que se desarrolló la prestación de servicios.

Los recurrentes sostienen que estamos ante una contrata de servicios meramente aparente, dado que los trabajos se desarrollan en las instalaciones de la principal, bajo su control y supervisión, con sus materiales y con los signos distintivos de la misma.

Ninguna de estas alegaciones ha quedado probada. No existe constancia de que la gestión, el control y la supervisión de la actividad de mantenimiento desarrollada por las contratistas a partir del 21-12-2013, fueran realizada por la principal o compartida por ambas. Tampoco de que el personal de la principal hubiera tenido cualquier tipo de intervención, aun parcial, en la realización de las actividades encomendadas a las contratistas.

En definitiva, no resulta aplicable el contenido del artículo invocado, lo que determina la necesidad de desestimar, de manera íntegra, el recurso de suplicación interpuesto.

QUINTO.- INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 97 LRJS .

El recurrente solicita la imposición de costas a las demandadas, salvo para la empresa CLUB PARAYAS por las demandas de los Sres. Narciso , Benjamín y Carlos Alberto . El fundamento de su pretensión es que las demandas no han acudido al acto de conciliación, cuando la pretensión de los actores ha sido estimada íntegramente.

El art. 97.3 de la LRJS , al regular el contenido de la sentencia, establece que en la misma, motivadamente, se podrá imponer al litigante que obró con mala fe o con notoria temeridad, así como al que no compareció injustificadamente al acto de conciliación, una sanción pecuniaria dentro de los límites fijados en el artículo 75.4 LRJS . En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieran intervenido.

Dicho precepto regula dos cuestiones distintas. La primera se proyecta al ámbito jurisdiccional. Se trata de la apreciación de temeridad o mala fe en el comportamiento procesal de una de las partes. Se posibilita que el



juez, motivándolo adecuadamente, imponga una sanción pecuniaria, que se verá acompañada de la condena al abono de los honorarios de letrado de la otra parte, si el condenado fuera el empresario.

La segunda, referida al ámbito preprocesal, que impone al juez la apreciación automática de la temeridad o mala fe de la parte demandada, que no justifica su incomparecencia al acto de conciliación previa [STSJ de Cantabria de 27-1-2014 (Rec. 5710/2011)], incluida la conciliación ante el secretario judicial [STSJ de Cataluña de 20-9-2013 (Rec. 2187/2013)].

En el caso que nos ocupa, advertido un error material involuntario en el hecho probado undécimo de la sentencia de instancia, que se ha subsanado en la presente resolución, conviene considerar las siguientes circunstancias. En primer lugar, la empresa Club Parayas ha comparecido a los actos de conciliación relativos a las demandas formuladas por los cuatro actores. La codemandada, Pilsa, no consta citada en el acto de conciliación celebrado el 9-1-2014, pero consta su citación al acto de conciliación del día 21-1-2014. Todas ellas, salvo Ceepilsa (la solicitud de ampliación de la demanda frente a dicha empresa se solicitó el 29-4-2014; folio nº 213), comparecieron al inicial acto de conciliación ante la secretaria, así como al ulterior celebrado el 5-5-2014 (folio nº 1691).

La sentencia de instancia ha admitido únicamente las pretensiones ejercitadas contra Club Parayas, extendiendo la responsabilidad solidaria frente a la empresa Inmobiliaria Parayas, como integrante del mismo grupo empresarial. Pero ha desestimado todas las pretensiones ejercitadas frente a las restantes empresas.

Como se ha dicho, la sentencia ha de ser confirmada en su integridad. Por ello, entendemos que no cabe acceder a la pretensión de condena en costas, ya que las empresas Pilsa, Ceepilsa y Global Sport Norte S.L. han resultado absueltas. Club Parayas ha comparecido a los actos de conciliación y la empresa condenada solidariamente con ella, esto es, Inmobiliaria Parayas, ha comparecido al acto de conciliación judicial.

En definitiva, la pretensión de los recurrentes no puede ser estimada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto por los actores frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santander, de fecha 9-5-2014 (procedimiento de despido nº 52/2014), confirmando la misma en su integridad.

Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.