



Roj: STSJ CV 4564/2014 - ECLI:ES:TSJCV:2014:4564
Id Cendoj: 46250340012014100881

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Valencia

Sección: 1

Nº de Recurso: 712/2014

Nº de Resolución: 1058/2014

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: INMACULADA BALLESTER PASTOR

Tipo de Resolución: Sentencia

1 Rec. Supl 1058/14

RECURSO SUPPLICACION - 000712/2014

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. Manuel J. Pons Gil

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Gema Palomar Chalver

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Inmaculada Ballester Pastor

En Valencia, a seis de mayo de dos mil catorce.

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 1058 de 2014

En el RECURSO SUPPLICACION - 000712/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 27-06-13, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO 7 DE ALICANTE , en los autos 001108/2012, seguidos sobre Despido, a instancia de D. Jon , Dª Delia y Dª Enma , contra MANTENIMIENTO CONSERVACIÓN SERVICIOS DE EDIFICIOS Y OBRA CIVIL, SL (ADMON RAFAL DE LA LAMA LARA), COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOP.V, asistido del Letrado D. Salvador Granell Torres, GESTION DEPORTIVA ALISPORT SA y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en los que es recurrente COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOP.V, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. Dª./Dª. Inmaculada Ballester Pastor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por Dª Delia , Dª Enma y D Jon contra Comismar- Serveis Futurs Cooperativa Valenciana, Gestión Deportiva Alisport SL, Mantenimiento, Conservación, Servicios de Edificios y Obra Civil SL y FOGASA, debo absolver y absuelvo libremente a Gestión Deportiva Alisport SL y a Mantenimiento, Conservación, Servicios de Edificios y Obra Civil SL; y debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la parte actora de fecha 31/10/2012 llevado a cabo por Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana, condenando a dicha empresa demandada a que, a opción de la misma, que deberá efectuar, ante este Juzgado, dentro de los CINCO DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, opte por readmitir a la parte actora en el puesto que venía desempeñando hasta la fecha del despido con las condiciones pactadas con abono de los salarios de tramitación en cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido y a razón de un salario diario de 18,66 euros respecto de todos los actores y hasta la notificación de esta sentencia o les satisfaga una indemnización, cifrada en: Para Dª Delia : 2.351,17 euros. Para Dª Enma : 741,74 euros. Y para D Jon : 1.581,44 euros.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: PRIMERO: Que Dª Delia , Dª Enma y D Jon , mayores de edad, vinieron prestando servicios para la empresa demandada Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana, con las circunstancias laborales siguientes: Dª Delia : con la categoría profesional de limpiadora, con antigüedad de 28.11.09 y salario mensual a efectos de despido de 559,78 euros, siendo su centro de trabajo el centro deportivo Alisport sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante y ello por contrato indefinido a tiempo parcial de 21 horas semanales. -Dª Enma : con la categoría profesional de limpiadora, con antigüedad de 1.11.11 y salario

mensual a efectos de despido de 559,78 euros, siendo su centro de trabajo el centro deportivo Alisport sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante y ello por contrato indefinido a tiempo parcial de 21 horas semanales. -D Jon : con la categoría profesional de limpiador, con antigüedad de 15.10.10 y salario mensual a efectos de despido de 559,78 euros, siendo su centro de trabajo el centro deportivo Alisport sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante y ello por contrato indefinido a tiempo parcial de 21 horas semanales. -Los actores prestaron servicios, con anterioridad, en la empresa Mantenimiento, Conservación, Servicios de Edificios y Obra Civil SL hasta el 31.10.10 en que se subrogó en la relación laboral la empresa Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana como nueva adjudicataria, respetando la antigüedad de los mismos. -Se dan por reproducidos los doc nº 17, 18, 32, 33, 46 y 47 de Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana.-SEGUNDO:La empresa Gestión Deportiva Alisport SL, cuya actividad es la gestión y explotación de instalaciones y actividades deportivas y culturales (doc nº 8 y 9 de su ramo) suscribió contrato administrativo de concesión de obras y gestión de servicios públicos: redacción de proyecto, ejecución de obra y explotación de piscina climatizada cubierta y edificaciones deportivas anexas, sitas en piscina municipal de uso deportivo, con fecha 5.06.2002 y con plazo de duración de 50 años, con el Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Alicante. Entre las obligaciones para la adjudicataria se encuentra la conservación de la instalación y mantener las instalaciones en las debidas condiciones de ornato, limpieza e higiene .Se da por reproducido el doc nº 6 de Gestión Deportiva Alisport SL.- TERCERO: La empresa Gestión Deportiva Alisport SL suscribió contrato de arrendamiento de servicios de limpieza con la empresa demandada Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana, para el centro deportivo sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante, con duración de un año a partir del 1.11.11 renovándose de forma tácita y pudiendo las partes resolver el contrato comunicándolo con 45 días de antelación y siendo 120 los trabajadores de la actividad y 160 horas de limpieza.. Se da por reproducido el doc nº 1 de Gestión Deportiva Alisport SL. Se da por reproducido el doc nº 1 de Gestión Deportiva Alisport SL y de Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana.-Con fecha 27.08.12 la empresa Gestión Deportiva Alisport SL comunicó por escrito a Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana su intención de no prorrogar el contrato suscrito el 1.11.11. Se da por reproducido el doc nº 2 de Gestión Deportiva Alisport SL y de Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana.-Con fecha 26.09.12 Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana, a efectos de subrogación del personal, remitió por escrito la documental necesaria para ello a Gestión Deportiva Alisport SL. Se da por reproducido el doc nº 3 de Gestión Deportiva Alisport SL y de Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana. Y en respuesta a lo anterior, con fecha 4.10.12 Gestión Deportiva Alisport SL contestó que se les devuelve la documentación referida a los trabajadores de su plantilla. Se da por reproducido el doc nº 4 de Gestión Deportiva Alisport SL y de Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana.-CUARTO: La parte actora vino prestando servicios en el centro deportivo Alisport sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante. Y con fecha 13.09.12 la empresa Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana comunicó a la parte actora que el contrato finaliza el día 31.10.12, al haber sido adjudicado el servicio de limpieza a la empresa Gestión Deportiva Alisport SL que debe subrogarse en su contrato, quedando adscritos a dicha empresa desde el 1.11.2012. QUINTO: Con fecha 1/11/12 la empresa Gestión Deportiva Alisport SL comunicó a la parte actora que no acepta subrogarse en su contrato, no permitiendo el acceso de los actores al centro de trabajo, por extinción del arrendamiento de servicios con la empresa Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana. Consta comunicación escrita como doc 1 de D Jon y se da por reproducido.-SEXTO: La empresa Gestión Deportiva Alisport SL ha asumido el servicio de limpieza del centro deportivo Alisport sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante desde el 1.11.12 y ha contratado para ello a personal propio de nueva contratación como peones de limpieza en número de cinco trabajadores semanales y ello para cubrir 89 horas de limpieza, de los cuales y con fecha 1.11.12 contrató para el servicio de limpieza del centro deportivo Alisport sito en c/ Foguerer José Ángel Guirao s/n de Alicante a tres trabajadores que ya prestaban sus servicios de limpieza con la empresa Serveis Futurs Cooperativa Valenciana en ese servicio, por contrato temporales a tiempo parcial que luego se han transformado en indefinidos a tiempo parcial de 20,5 horas y sin serles reconocidos derechos anteriores. - SÉPTIMO: Que la parte actora no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores. -OCTAVO:Que el día 11.12.12 tuvieron lugar ante el S.M.A.C. los preceptivos actos de conciliación, en virtud de papeletas presentadas el 14.11.12 y el 16.11.12, contra las demandadas, que se tuvieron por intentados sin avenencia.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOP.V., habiendo sido impugnado por la representación letrada de la codemandada GESTION DEPORTIVA ALISPORT S.A. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la Sentencia de instancia emitida por el Juzgado de lo Social nº 7 de Alicante, de 27 de junio de 2013, dictada en autos nº 1108/2012, sobre despido, seguidos a instancias D^a Delia, D^a Enma y D. Jon contra COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA, GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT, y MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN DE EDIFICIOS Y OBRA CIVIL Y FOGASA en la que se estimó parcialmente la demanda formulada absolviendo a GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT y a MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN, SERVICIOS DE EDIFICIOS Y OBRA CIVIL declarando improcedente el despido de la parte actora de fecha de 31 de octubre de 2012 llevado a cabo por la empresa COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA, se alza en suplicación Raúl, en representación de la mercantil SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA solicitando la revocación de la sentencia de instancia, absolviendo a la mercantil que representa, tras la previa declaración que la codemandada GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT estaba obligada a subrogar a los trabajadores demandantes, y si no lo hizo debe considerarse su acción constitutiva de un despido improcedente, con fecha de efectos de 31 de octubre de 2012, despido que ha sido llevado a cabo por la empresa GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, condenando a la empresa GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT a estar y pasar por dicha declaración.

SEGUNDO. Al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del art. 193 LRJS solicita el recurrente, con apoyo en documental obrante en el ramo de la prueba, la sustitución del párrafo primero inserto en el Hecho Probado Tercero por el siguiente:

"La empresa GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT suscribió contrato de arrendamiento de servicios de limpieza con la empresa demandada COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA, con una duración de un año a partir del 1.11.11 renovándose de forma tácita y pudiendo las partes resolver el contrato comunicándolo con 45 días de antelación y siendo 9 los trabajadores de la actividad y 160 horas semanales de limpieza. Se da por reproducido el doc. Nº 1 de GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT S.L. Se da por reproducido el doc. Nº 1 de GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT y de COMISMAR-SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA".

La corrección consiste en que el párrafo original alude a 120 trabajadores, mientras que de la documental se cuantifican 10, siendo éste un error de mera transcripción, que debe aceptarse. Además, corrige el recurrente el párrafo argumentando que esos trabajadores no eran 10 sino 9, ya que uno de ellos había sido contratado para sustituir a otra trabajadora a través de un contrato de interinidad, lo que significaba que aunque aparecen diez contratos realmente eran 9 los trabajadores que venían realizando tal actividad pues eran sólo 9 los puestos de trabajo ocupados por los mismos, cuya suma es la que da lugar igualmente a las 160 horas que eran las realmente realizadas por éstos. Tal modificación, pues, al obedecer a la realidad fáctica que aparece documentada en los contratos de trabajo que aparecen en autos, debe ser igualmente aceptada.

TERCERO. En segundo lugar, al amparo ahora del art. 193.c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social el recurrente denuncia la infracción del art. 10º del Acuerdo estatal del sector de limpieza de edificios y locales (BOE 220/2005, de 14 de septiembre de 2005) y el art. 25 del convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (interprovincial), BOE de 6 de septiembre de 2006.

Por lo que se refiere a la infracción del art. 10º del Acuerdo estatal del sector de limpieza de edificios y locales, ya se adelanta que la misma debe descartarse. Regula tal precepto que: "En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio de limpieza, por cualquier causa, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores afectados de la empresa de limpieza hasta el momento prestadora de dicho servicio". Y ello porque igualmente, el art. 4.3º del Acuerdo, regulador de su ámbito funcional, dice también que: "El ámbito funcional del presente Acuerdo comprenderá a la totalidad de empresas y trabajadores/as que se dediquen en el sentido más amplio a la actividad de limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, hospitales, centros o instituciones sanitarias y de salud, públicos o privados, industrias, elementos de transporte (terrestre, aéreo, marítimo), máquinas, espacios e instalaciones, soportes publicitarios, mobiliario urbano, etc, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten. Asimismo quedan incluidos en el ámbito de aplicación los domicilios particulares en los supuestos en que el titular del hogar familiar contrae cualquiera de las actividades descritas con empresas del sector, con la excepción de aquellos artículos que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad familiar y personal o a la responsabilidad más allá de las previsiones legales establecidas para los titulares del hogar familiar y con la salvedad prevista en el art. 5 de este mismo convenio". Y ninguna de estas actividades son las realizadas por la empresa ALISPORT pues relata el Hecho Probado Segundo que la actividad de esta mercantil es la gestión y explotación de instalaciones y actividades deportivas y culturales, de forma que no puede ésta verse afectada por lo previsto en el Acuerdo de referencia.

En segundo lugar, para resolver si se ha infringido el tenor literal del art. 25º del colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (interprovincial), BOE de 6 de septiembre de 2006 debe traerse a colación, en primer lugar, diferentes preceptos convencionales, además del concreto art. 25º, en particular, el art. 1º (ámbito funcional) y el art. 4º (ámbito personal) del relatado convenio.

Así, el art. 1º dispone que:

Artículo 1. Ámbito Funcional. 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. Se realice mediante la organización de competiciones, eventos o espectáculos de carácter físico-deportivo.

Por su parte, dispone el art. 4º del mentado convenio colectivo que:

"Artículo 4. Ámbito Personal. Este Convenio afectará a todos los trabajadores y empresas, tanto si estas son personas físicas como jurídicas, incluidas dentro del ámbito funcional y territorial. Quedan comprendidos, igualmente, en este Convenio los trabajadores que presten funciones características de las actividades reguladas por el ámbito funcional de este convenio en colegios, círculos de recreo, hoteles, balnearios, clínicas, etc, salvo que dicho personal estuviere incluido en otras normas o reglamentaciones de trabajo o disponga de convenio colectivo propio. Queda excluido expresamente de este Convenio el personal que contrate su actividad como arrendamiento de servicio y cualquier otro que se considere como relación laboral de carácter especial o que por las leyes queden excluidos del ámbito laboral".

Como ya se ha señalado, ALISPORT se dedica a la gestión y explotación de instalaciones y actividades deportivas y culturales, por tanto le resulta aplicable este convenio colectivo, cuyo art. 25º dice textualmente que:

"Artículo 25. Subrogación del Personal. Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo.

No obstante, se acuerda de forma expresa que lo establecido en este artículo solo será de aplicación para aquellas situaciones previstas en el mismo que nazcan y tengan sus efectos después de su publicación en el BOE del presente convenio. En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del trabajador a la nueva adjudicataria.

En lo sucesivo, el término «contrata» engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto con entidades de titularidad pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público.

I. La absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas, siempre y cuando se de alguno de los siguientes supuestos: a) Finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa, que unía a una empresa con el titular público o privado de las instalaciones deportivas o el promotor de actividades socio-deportivas, produciéndose la sustitución por cualquier otra empresa, por los siguientes motivos: Por finalización total, es decir, por el cese o término de todas las actividades que venía realizando la empresa concesionaria o contratada. Por finalización parcial, es decir, por el cese o término de algunas de las actividades que venían realizando la empresa concesionaria o contratada, continuando desempeñando la misma, el resto o alguna de las actividades contratadas o concedidas hasta ese momento. b) Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular tanto público como privado de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio-deportivas, de una contratación, concesión o

contrato de arrendamiento, pudiendo ser: Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión total respecto de todas las actividades que venía realizando la empresa concesionaria o contratada. Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión parcial, es decir respecto de algunas de las actividades que venían realizando la empresa concesionaria o contratada, continuando desempeñando la misma, el resto o alguna de las actividades contratadas o concedidas hasta ese momento.

II. En todos los supuestos de finalización, suspensión, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata -así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la subrogación entre entidades, personas físicas o jurídicas-, que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasaran a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, o bien a la titular de las instalaciones deportivas o promotora de actividades socio- deportivas, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada. No obstante lo indicado en el presente capítulo, como norma general, serán válidos y de aplicación los pactos o acuerdos, individuales o colectivos que afecten al Centro de Trabajo debidamente justificados, suscritos entre las empresas afectadas y los trabajadores, sus respectivos representantes legales o con los Sindicatos con representación en el Sector para negociar según lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, siempre que se hayan acordado con una antelación de cinco meses a la fecha cierta de subrogación del concesionario y se haya comunicado con el mismo plazo a la Comisión Paritaria, salvo que ésta pueda tener conocimiento por su publicación en Boletines Oficiales. Asimismo se mantendrán los plazos establecidos en los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando respeten los contenidos mínimos regulados en el presente capítulo.

Se producirá la mencionada subrogación de personal, siempre que se den alguno de los siguientes supuestos: a) Trabajadores en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado periodo de cinco meses, hubieran trabajado en otra contrata. b) Los trabajadores en activo que realizando su jornada laboral en más de un centro de trabajo de una empresa y uno de los centros se vea afectado por la subrogación, será la empresa entrante la que aplicará los derechos de subrogación definidos en el presente convenio colectivo en función de la jornada y de las funciones que el trabajador viniera realizando en el centro de trabajo afectado por la subrogación con anterioridad a los cinco últimos meses antes de la fecha de finalización del contrato o concesión. c) Trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo que, en el momento de la finalización efectiva de la contrata, tengan una antigüedad mínima de cinco meses en la misma y/o aquellos que se encuentren en situación de I.T., excedencia, vacaciones, permisos, maternidad, suspensión legal del contrato o situaciones análogas, siempre que se cumplan el requisito ya mencionado de antigüedad mínima. d) Trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado c), con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato. e) Trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la contrata como consecuencia de una ampliación de plantilla en los cinco meses anteriores a la finalización de aquella. (...)

IV. Excepciones a la aplicación de la subrogación prevista en el presente artículo. La subrogación de personal establecida en el presente artículo, no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1. Trabajadores que hayan sido trasladados por la empresa saliente desde otros Centros de trabajo de los que fuera titular dicha empresa en los últimos cinco meses respecto de la finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa. En este caso, los trabajadores tendrán derecho a volver a ocupar el puesto de trabajo que tenían en el centro de trabajo de la empresa saliente, anterior a su traslado, sin que sean objeto de subrogación por la empresa entrante. 2. En ningún caso operará la subrogación prevista en el presente artículo cuando en la instalación objeto de concesión, cesión o contrato de arrendamiento de servicios se produzca el cierre o cese definitivo de las actividades que en la misma se desarrollaban, sin que por tanto sean llevadas a cabo por ninguna otra empresa, ni por su titular. 3. A los efectos previstos en este artículo no tendrán la consideración de trabajadores y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aun cuando vinieran prestando servicios directa y personalmente en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista. "

A la luz de tales preceptos corresponde llevar a cabo la subrogación por parte de ALISPORT pues: ALISPORT es una empresa que, como ya se ha señalado, se dedica a realizar la actividad de gestión y explotación de instalaciones y actividades deportivas y culturales (HP 3º), por tanto su actividad coincide con el ámbito funcional relatado en el art. 1º del convenio colectivo analizado.

Según el art. 4º, este convenio afecta a los trabajadores incluidos en su ámbito funcional, lo que ocurre con los trabajadores respecto de los cuales la empresa obligada debe llevar a cabo la subrogación. A ello no obsta el que el convenio resulte finalmente aplicable a trabajadores pertenecientes a otra rama o actividad económica (limpieza) puesto que la mentada adscripción corresponde por razón de tratarse de una empresa contratista, cuya actividad puede no coincidir enteramente con la actividad de la empresa principal o cliente para la que trabaja, quien es la realmente obligada por el mismo.

El precepto convencional ejerce unos efectos beneficiosos sobre la conservación del empleo de trabajadores que pasan a estar contratados obligatoriamente por la empresa principal (ALISPORT), y no puede excluirse la aplicación del convenio a ALISPORT por el hecho de que los trabajadores beneficiarios de la medida no lleven a cabo todas y cada una de las actividades propias del mentado ámbito funcional del convenio. Ello eliminaría la finalidad protectora que el precepto convencional genera para este colectivo, el realmente perjudicado por el fin del contrato de arrendamiento de servicios de su empleador directo -la empresa contratista COMISMAR-.

La empresa que debe subrogar a los trabajadores es la empresa que queda afectada y obligada por el presente convenio colectivo y ésta es ALISPORT, y ello no supone en forma alguna que signifique que tal convenio se aplique a empresas que no sean del ramo de actividad de la gestión de instalaciones deportivas, pues no se aplica en modo alguno a la empresa de limpieza COMISMAR sino a los trabajadores que, perteneciendo previamente a la plantilla de aquélla, pasan ahora obligatoriamente a pertenecer a esta otra por mor de lo dispuesto precisamente en el art. 25 de la norma paccionada.

La subrogación es obligada pues se trata de un rescate de trabajadores (de hecho ALISPORT ha contratado a 3 de los 9 trabajadores que tenía COMISMAR) pero debe ALISPORT obligatoriamente efectuar la mentada subrogación también con el resto de los trabajadores, pues, como señala el art. 25.II. los trabajadores de la empresa saliente pasan a estar adscritos a, en este caso, la empresa titular de la gestión de las actividades deportivas (ALISPORT), debiendo además respetarse los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada. Además, se produce la mencionada subrogación de los trabajadores recurrentes porque se trata de trabajadores que han estado en activo realizando su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio.

Así pues, se trata de un rescate de trabajadores desde una empresa que ya no acude a otras para realizar una parte complementaria pero esencial de su actividad, como es la actividad de limpieza, y que afecta a trabajadores que acreditan una antigüedad en la empresa contratista previa (mínima de los cinco últimos meses), trabajadores a quienes la norma convencional pretende proteger al ofrecerles unas mayores garantías de conservar sus puestos de trabajo en caso de reversión de la contrata por parte de empresas de gestión de instalaciones deportivas. El motivo debe, pues, ser aceptado pues se entiende concurre la infracción denunciada pues, a diferencia de lo que entiende la sentencia de instancia el artículo 25 debe interpretarse de modo que se entienda que no se limita tal previsión al personal que desarrolla la actividad propia de las empresas de tal ámbito identificando y restringiendo, pues, al personal que estrictamente desarrolla las tareas identificadas con el sector de actividad de la gestión de los gimnasios sino que debe entenderse comprendido todo el personal que ha sido usado para el desarrollo de alguna de las actividades que resultan esenciales, complementarias o accesorias de aquéllas, porque lo básico resulta ser el uso de una empresa externa para desarrollar alguna actividad de la empresa de gestión de gimnasios, no el que este personal deba desarrollar la misma actividad de gestión de gimnasios, pues, además, la actividad de limpieza va ínsita al desarrollo de la gestión de los gimnasios pues resulta ser un mantenimiento imprescindible en toda instalación de estas características.

Ello significa, pues, que ALISPORT tiene la obligación de subrogar al personal de la empresa COMISMAR pues este supuesto es un supuesto de rescate de la contrata de limpieza pues se ha hecho cargo la empresa ALISPORT de la prestación de estos servicios por ella misma y es respecto de la empresa ALISPORT el ente al que debe resultar aplicable el precepto convencional, resultando igualmente irrelevante el que ALISPORT no actúe como mero contratista, pues no se dedica a las tareas de limpieza, dado que lo relevante resulta ser aquí que esta obligación de subrogación en la empresa que efectúa el rescate se predica de la empresa de gestión de las instalaciones deportivas.

Este mismo criterio ha sido sostenido en supuestos semejantes al aquí resuelto, concretamente en las SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de enero de 2013 (nº rec. 1947/2012) y de 10 de julio de 2013 (nº rec 895/2013).



CUARTO. Para finalizar, denuncia el recurrente igualmente, al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS la infracción del art. 44 del Estatuto de los trabajadores en relación con la Directiva comunitaria 2011/23 por cuanto que la asunción de parte de la plantilla realizada por ALISPORT hace que estemos en una sucesión de empresa. Al respecto, al haberse entendido que es ALISPORT la empresa responsable de subrogar a los trabajadores de COMISMAR carece ya de relevancia la resolución de si tal supuesto podría encardinarse o no en una de las situaciones encuadrables en el art. 44 ET , por haberse producido un cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma cuando la empresa ALISPORT ha rescatado y ha contratado, tras asumir de forma directa la limpieza de sus locales, a tres trabajadores de los nueve de los que anteriormente disponía la empresa contratista COMISMAR porque la empresa ALISPORT debe subrogarse asumiendo la contratación de los trabajadores de COMISMAR a la luz de lo previsto en el precepto convencional tal cual ha sido ya analizado.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Raúl , en representación de la entidad SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Alicante, de 27 de junio de 2013 y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida, y condenamos a la empresa GESTIÓN DEPORTIVA ALISPORT a subrogar a los trabajadores demandantes, absolviendo a la empresa COMISMAR, SERVEIS FUTURS COOPERATIVA VALENCIANA, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir. Con relación a la consignación, se acuerda la devolución de los importes.

Sin costas.

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, advirtiendo 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 0712 14. 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.