

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 977/2018 de 26
Nov. 2018, Rec. 2128/2016**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2128/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 977/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 26 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad ONET España, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Tierno Centella, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 614/2016, de 9 de marzo, resolviendo el recurso de suplicación nº 160/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 24 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia, en los autos nº 106/2015, seguidos a instancia de D. Fidel, D^a Rebeca, D^a Marisa, D^a Matilde, D^a Micaela, D^a Miriam, D. Gustavo, D. Hermenegildo, D^a Nuria y D^a Paula contra dicha recurrente y MCFIT España, SLU, sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridos D. Fidel y otros, representados y defendidos por la Letrada Sra. Veiga Conde y la empresa MCFIT España, SLU, representada y defendida por la Letrada Sra. Arganda Yebes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de junio de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la pretensión de impugnación de despido deducida por D. Fidel, D^a Rebeca, D^a Marisa, D^a Matilde, D^o Micaela, D^a Miriam, D. Gustavo, D. Hermenegildo, D^a Nuria y D^a Paula contra la empresa MCFIT España, SLU, debo declarar y declaro la obligación de ésta de subrogar a los trabajadores demandantes con efectos desde el 1 de diciembre de 2014 y, en consecuencia, la improcedencia del despido que se entiende producido en la misma fecha por falta de subrogación, condenando a la empresa MCFIT España, SLU a que, a su opción, que deberá efectuar en plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, readmitir a los trabajadores en iguales condiciones a las que regían con

anterioridad al despido y con abono de los salarios dejados de percibir desde que el despido tuvo lugar y hasta la notificación de esta resolución, a razón del importe diario que seguidamente se indica por cada uno de ellos, o dé por extinguidos sus respectivos contratos de trabajo con abono de las indemnizaciones que igualmente se detallan, entendiéndose que de no efectuar dicha opción procede la readmisión:

Salario diario Importe indemnización

Fidel

Rebeca

Marisa

Matilde

Micaela

Miriam

Gustavo

Hermenegildo

Nuria

Paula

15,14 euros

15,57 euros

15,14 euros

13,20 euros

14,80 euros

13,90 euros

14,05 euros

13,64 euros

15,37 euros

14,60 euros

291,45 euros

685,08 euros

457,99 euros

5.045,70 euros

447,70 euros

420,48 euros

656,84 euros

187,55 euros

6.163,37 euros

321,20 euros

Asimismo, desestimando la pretensión de impugnación de despido deducida por los referidos actores contra la empresa ONET España, S.A. debo absolver y absuelvo a ésta de todas las pretensiones dirigidas contra la misma".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, al no haberse revisado en suplicación, y se reproducen acto seguido:

"1º.- Don Fidel, con DNI nº NUM000, Doña Rebeca, con NIE nº NUM001, Doña Marisa, con DNI nº NUM002, Doña Matilde, con DNI nº NUM003, Doña Micaela, con DNI nº NUM004, Doña Miriam, con DNI nº NUM005, Don Gustavo, con DNI nº NUM006, Don Hermenegildo, con DNI nº NUM007, Doña Nuria, con DNI nº NUM008, y Doña Paula, con DNI nº NUM009, han venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa ONET ESPAÑA, S.A., en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, con jornada de 14 horas semanales, en las instalaciones del gimnasio McFit sitas en Burjassot, Parque Comercial Ademuz (Matilde, Micaela, Miriam y Gustavo) y en la Avenida Manuel Candela (el resto), con las circunstancias laborales de antigüedad, categoría profesional y salario diario, incluida la parte proporcional del pagas extraordinarias, que para cada uno de ellos seguidamente se indica, hasta que sus respectivos contratos de trabajo quedaron extinguidos en fecha 1 de diciembre de 2014:

AntigüedadCategoríaSalario diario

Fidel

Rebeca

Marisa

Matilde

Micaela

Miriam

Gustavo

Hermenegildo

Nuria

Paula

08/05/2014

05/08/2013

10/01/2014

27/09/2005

01/01/2014

01/01/2014

27/07/2013

02/07/2014

23/04/2005

19/04/2014

Limpiador

Limpiadora

Limpiadora

Limpiadora

Limpiadora

Limpiadora

Limpiador
Limpiador
Limpiadora
Limpiadora
15,14 euros
15,57 euros
15,14 euros
13,20 euros
14,80 euros
13,90 euros
14,05 euros
13,64 euros
15,37 euros
14,60 euros

(Contratos de trabajo, informes de vida laboral y hojas de salarios de los actores y certificados de la empresa ONET ESPAÑA, S.A.; documentos 2 a 5, 7 a 14, 16 a 19, 21 a 24, 26 a 29, 31 a 34, 43 a 45, 48 a 50, 52 a 55, 57 a 60 y 62 a 65 del ramo de prueba de la parte actora y documento 3 del ramo de prueba de ONET ESPAÑA, S.A.). La trabajadora Doña Matilde, empleada por la empresa COMPAÑÍA VALENCIANA PARA LA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO, S.L. para la prestación de servicios de limpieza en el gimnasio McFit y subrogada por la empresa ONET ESPAÑA, S.A. en fecha 1 de enero de 2014, causó baja laboral por Incapacidad Temporal en fecha 16 de diciembre de 2013, permaneciendo en dicha situación hasta el agotamiento del plazo de duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, causando alta laboral en fecha 18 de diciembre de 2014 (documentos 41, 42 y 45 a 47 del ramo de prueba de la parte actora).

2º.- En fecha 10 de diciembre de 2013, Don Fernando, en calidad de apoderado de la empresa ONET ESPAÑA, S.A., y Don Heraclio, en calidad de administrador único de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U., suscribieron un contrato de prestación de servicios, por virtud del cual la empresa ONET ESPAÑA, S.A. asumía la realización de los servicios de limpieza en los locales e instalaciones de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. relacionados en el Anexo I de las condiciones particulares al contrato de prestación de servicios: Gimnasio McFit Valencia 1, sito en la calle Doctor Manuel Candela, nº 15, de Valencia, y Gimnasio McFit Valencia 2, sito en Av. Ilustración, nº 6, Parque Ademuz de Burjassot. De acuerdo con la Cláusula Cuarta, el contrato de prestación de servicios, que entró en vigor el día 10 de diciembre de 2013 (fecha de la firma), tenía una duración indefinida, si bien podía ser resuelto por cualquiera de las partes dando oportuno preaviso a la otra parte de forma fehaciente, por escrito y con un mes de antelación (Contrato de prestación de servicios; documento 1 del ramo de prueba de la empresa ONET ESPAÑA, S.A. y documentos 5 a 7 del ramo de prueba de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U.).

3º.- En fecha 1 de septiembre de 2014, Doña Antonia, coordinadora de proyectos de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. (cuenta de correo DIRECCION000), remitió un correo electrónico a Don Leonardo, de la empresa ONET ESPAÑA, S.A. (cuenta de correo DIRECCION001), en el que le informaba de que " *la semana pasada desde la central alemana nos han pasado la información sobre un cambio en nuestra estructura de personal que va a tener lugar a nivel internacional y en parte afecta a la limpieza, ya que se ha decidido que el personal de limpieza será de contratación propia, no externalizado. El cambio de estructura, incluido el de limpieza, deberá hacerse antes del 31.12.2014. A raíz de ello he consensuado con dirección un planning para el cambio a personal propio de limpieza, te detallo el de los centros de Valencia y Alicante (...). Lo que he hablado con los responsables de gimnasio es que, puesto que ya tienen un equipo de limpieza*

actualmente, lo valoren y si están contentos con él o al menos con alguna de las personas que lo forman, lo podríamos subrogar (...)". El referido *planning* incluye los centros de Valencia 1 y Valencia 2. En fecha 8 de septiembre de 2014, Don Rodrigo, de la empresa ONET ESPAÑA, S.A. (cuenta de correo DIRECCION002), remitió un correo a Doña Antonia, de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. (cuenta de correo DIRECCION000), en el que le preguntaba si la prestación del servicio de limpieza iba a realizarse con personal de nueva contratación o con personal propio ya contratado. Dicho correo electrónico fue contestado en la misma fecha con otro correo electrónico en el que la Sra. Antonia informaba que " *según la nueva estructura de personal, el personal de limpieza será contratado directamente por la empresa, serán altas nuevas en la empresa, no es que los entrenadores ya en plantilla vayan a realizar estas tareas*", reiterando la cuestión relativa a la posibilidad de incorporar a la plantilla de la empresa (McFit España) a aquellos trabajadores de los equipos de limpieza (Onet España) que los responsables de gimnasio valorasen positivamente. (Documentos 5 y 6 del ramo de prueba de la empresa ONET ESPAÑA, S.A.).

4º.- Mediante comunicación escrita de 3 de octubre de 2014, remitida por correo certificado el 13 de octubre de 2014 y recibida el 15 de octubre de 2014, la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U., al amparo de la cláusula cuarta del "Contrato de Prestación de Servicios" celebrado en fecha 10 de diciembre de 2013, comunicó a la empresa ONET ESPAÑA, S.A. su voluntad de dar por resuelto el contrato marco de limpieza y los correspondientes servicios contratados, con efectos desde el 30 de noviembre de 2014 (Documento 4 del ramo de prueba de la empresa ONET ESPAÑA, S.A. y documento 8 del ramo de prueba de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U.).

5º.- Por medio de escrito de fecha 6 de noviembre de 2014, remitido por Burofax de la misma fecha, la empresa ONET ESPAÑA, S.A. comunicó a la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. que procedería a efectuar la liquidación correspondiente con efectos desde el 1 de diciembre de 2014, aprovechando la ocasión para remitirle la documentación obligatoria a efectos de subrogación de los trabajadores, con invocación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 7 del Convenio Colectivo de Limpieza de la provincia de Alicante y 31 del Convenio Colectivo de Limpieza de la provincia de Valencia. Se acompaña a dicho escrito la relación de los trabajadores de la empresa que, con categoría de limpiador, prestan servicios en las instalaciones de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U., tanto en Alicante como en Valencia, y los TC2 correspondientes a los periodos de junio a septiembre de 2014, así como copia de los respectivos contratos de trabajo y documentos de subrogación previa, en su caso, y de las hojas de salarios de los trabajadores correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2014 (Documento 3 del ramo de prueba de ONET ESPAÑA, S.A. y documento 9 del ramo de prueba de MCFIT ESPAÑA, S.L.U.)

6º.- Entre los días 11 y 25 de noviembre de 2014, las empresas ONET ESPAÑA, S.A. y MCFIT ESPAÑA, S.L.U. se remitieron por Burofax distintas comunicaciones escritas relativas a la subrogación de los trabajadores del servicio de limpieza de las instalaciones de MCFIT ESPAÑA, S.A. (de fechas 11, 17, 18 y 25 de noviembre de 2014), en las que esta última indicaba que no procedía la subrogación de los trabajadores empleados por la empresa ONET ESPAÑA, S.A., al no resultar de aplicación los preceptos invocados por ésta en la comunicación de fecha 6 de noviembre de 2014, y que, debido a un proceso de reestructuración, tenía el propósito de asumir el servicio de limpieza con personal propio, tanto de nueva contratación como ya contratado, no dedicado exclusivamente al mismo, instando a la empresa ONET ESPAÑA, S.A. para que comunicase a sus trabajadores la improcedencia de la subrogación, mientras que, por su parte, la empresa ONET ESPAÑA, S.A. reiteraba la necesidad de que los trabajadores fueran subrogados por la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U., con invocación de los preceptos ya indicados (Documento 7 del ramo de prueba de la empresa ONET ESPAÑA, S.A. y documentos 10 a 12 del ramo de prueba de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U.).

7º.- Mediante comunicación escrita de fecha 11 de noviembre de 2014, remitida por Burofax, la empresa ONET ESPAÑA, S.A. notificó a los demandantes que, a partir del día 1 de diciembre de 2014, se haría cargo del servicio de limpieza en sus respectivos centros de trabajo la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U., la cual se subrogaría en las relaciones de trabajo que aquéllos mantenían

con la empresa ONET ESPAÑA, S.A., pasando a integrarse en la plantilla de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. con las mismas condiciones de trabajo, antigüedad y categoría (Documentos 1, 6, 15, 20, 26, 30, 35, 51, 56 y 61 del ramo de prueba de la parte actora, documento 2 del ramo de prueba de la empresa ONET ESPAÑA. S.A.).

8º.- Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2014, remitido por Burofax de la misma fecha, la empresa ONET ESPAÑA, S.A. comunicó a la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. que procedía a remitirle los documentos acreditativos de hallarse los trabajadores al corriente en el cobro de todas las percepciones salariales y retributivas devengadas hasta la fecha. Se acompaña a dicho escrito copia de la última nómina de los trabajadores (noviembre de 2014), que incorpora el correspondiente finiquito, y la manifestación de aquéllos de haber recibido de la empresa ONET ESPAÑA, S.A. los importes correspondientes a la liquidación y finiquito hasta el día de la extinción de su relación laboral con la misma, esto es, el 30 de noviembre de 2014, quedando satisfechas todas las cantidades adeudadas y reconociendo no tener nada más que reclamar a la empresa (Documento 3 del ramo de prueba de ONET ESPAÑA, S.A.).

9º.- Llegado el día 1 de diciembre de 2014, la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L. no permitió a los trabajadores demandantes la entrada a sus respectivos centros de trabajo (no controvertido)

10º.- La empresa MACFIT ESPAÑA, S.L.U. asumió la prestación del servicio de limpieza en las instalaciones de los gimnasios Valencia 1 y Valencia 2, desde el día 1 de diciembre de 2014, con personal propio, tanto de nueva contratación como ya contratado (no controvertido).

11º.- El personal de nueva contratación referido en el ordinal precedente presta servicios con la categoría profesional de Auxiliar de Gimnasio, en jornada flexible e irregular, partida o continuada, y con un porcentaje de parcialidad del 37,5% (14,6 horas sobre una jornada completa de 40 horas semanales), realizando las siguientes funciones: advertir a los clientes la observación de las horas de uso de las instalaciones; asegurar que se mantienen ordenadas las instalaciones; asistir a los compañeros en la realización de tareas que entrañen algún tipo de dificultad o complejidad; comunicar las incidencias técnicas que se produzcan en las instalaciones al superior directo; abrir el gimnasio; conocer y manejar adecuadamente el manual de limpieza y todos sus bloques de contenido, estando permanentemente actualizado; atender llamadas telefónicas; informar a clientes potenciales y personas interesadas sobre los servicios que ofrece McFit, la forma de hacerse socio, las condiciones contractuales, las ventajas por ser cliente y cualquier otra información requerida; atender dudas, quejas o sugerencias de los clientes referidas a las instalaciones, servicios o productos; revisar y sustituir y/o rellenar todos los combustibles de baños y demás áreas del gimnasio; recibir correo y paquetería; recibir y revisar pedidos de mercancías; llevar a cabo tareas de limpieza y mantenimiento conforme al procedimiento de limpieza vigente en cada momento de las áreas del gimnasio que sean asignadas; lavar y mantener limpias las mopas, trapos y demás útiles de limpieza; mantener informado al superior directo; observar y cumplir las medidas e instrucciones del manual de seguridad e higiene; todos aquellos trabajos que sean encomendados por el superior directo y pertenezcan al ámbito de su actividad o deriven de las necesidades de la empresa (Contratos de trabajo y Anexo I de descripción del puesto de trabajo de Auxiliar de Gimnasio; documentos 19 a 23, 26, 28, 29, 31, 32, 34 a 37 y 39 a 47 del ramo de prueba de la empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U.).

12º.- La empresa MCFIT ESPAÑA, S.L.U. se dedica a la actividad económica de gestión de gimnasios y prestación de servicios de actividades deportivas (Contrato de prestación de servicios y contratos de trabajo formalizados por MCFIT ESPAÑA, S.L.U.) y rige en sus relaciones laborales por el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (código de convenio núm. 99015105012005), publicado en el Boletín Oficial del Estado num. 239, de fecha 2 de octubre de 2014.

13º.- Los actores no ostentan ni han ostentado en el año anterior a la presentación de la demanda la condición de representantes de los trabajadores.

14º.- Los actores presentaron la correspondiente demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 30 de diciembre de 2014, teniéndose por intentada sin avenencia la conciliación administrativa previa en actos celebrados el 30 de enero de 2015".

Por escrito de 9 de septiembre de 2015, la Letrada Sra. Veiga Conden, en nombre y representación de los trabajadores demandantes solicitó rectificación de la sentencia de referencia, que fue resuelto por auto de 18 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Acuerdo rectificar la sentencia nº 291/2015, de fecha 24 de junio de 2014, recaída en el procedimiento sobre impugnación de despido registrado con el nº de autos 106/2015, fijando en 15,06 euros el importe del salario diario del trabajador demandante D. Hermenegildo y en 207,07 euros el importe de la indemnización correspondiente por despido, a cuyo efecto se corrige el apartado "salario diario" relativo al indicado trabajador en el hecho probado primero, en el fundamento de derecho séptimo y en el fallo de la sentencia de referencia, así como el apartado "importe indemnización" de la tabla contenida en el fallo de la misma, quedando redactado el resto en los mismos términos que en ella constan".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de MCFIT España SLU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia, de fecha 24 de junio de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de D. Fidel, Dª Rebeca, Dª Marisa, Dª Matilde, Dº Micaela, Dª Miriam, D. Gustavo, D. Hermenegildo, Dª Nuria y Dª Paula; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella, condenando a la entidad ONET España, S.A. a las consecuencias de la declaración de despido improcedentes de los actores, en los mismos términos establecidos en la sentencia de instancia y posterior auto aclaratorio de fecha 18 de septiembre de 2015".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Tierno Centella, en representación de la entidad ONET España, S.A., mediante escrito de 19 de mayo de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2014. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 25 del Convenio Colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios, en relación con el art. 1 y 4 del mismo texto convencional.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del recurso.

Se discute si cuando la empresa principal (gimnasio) asume el servicio de limpieza que tenía externalizado debe subrogarse en los contratos de trabajo de quienes vienen desempeñando esa tarea.

1. Hechos relevantes.

Reproducidos más arriba los hechos que el Juzgado de lo Social declara como probados (y que son pacíficos) ahora interesa destacar unos pocos a fin de permitir la mejor comprensión de nuestra sentencia.

A) La empresa Mcfit, SLU se dedica a la actividad de gestión de gimnasios y prestación de actividades deportivas. Cuenta con dos instalaciones en la ciudad de Valencia.

B) La empresa Onet España SA se dedica a la actividad de limpieza.

C) Con fecha 10 de diciembre de 2013 Mcfit encomienda los servicios de limpieza de sus instalaciones (en los dos gimnasios de Valencia) a Onet. Este contrato de prestación de servicios tiene duración indefinida, permitiéndose su libre extinción por cualquiera de las partes siempre que lo comunique con un mes de antelación.

D) Meses después (el 1 de septiembre de 2014) Mcfit notifica la nueva política "a nivel internacional" de la empresa, que aboca a asumir directamente la limpieza de las propias instalaciones. Se produce intercambio de comunicaciones entre responsables de ambas mercantiles acerca de la suerte que deban correr las diez personas que vienen adscritas a la referida contrata de limpieza.

E) Con fecha 1 de diciembre de 2014 la empresa principal asume efectivamente las tareas de limpieza tanto con personal propio cuanto con otro de nueva contratación. Las funciones realizadas por estas personas (Auxiliares de Gimnasio) aparecen descritas en el HP undécimo: advertir a los clientes la observación de las horas de uso de las instalaciones; asegurar que se mantienen ordenadas las instalaciones; asistir a los compañeros en la realización de tareas que entrañen algún tipo de dificultad o complejidad; comunicar las incidencias técnicas que se produzcan en las instalaciones al superior directo; abrir el gimnasio; conocer y manejar adecuadamente el manual de limpieza y todos sus bloques de contenido, estando permanentemente actualizado; atender llamadas telefónicas; informar a clientes potenciales y personas interesadas sobre los servicios que ofrece McFit, la forma de hacerse socio, las condiciones contractuales, las ventajas por ser cliente y cualquier otra información requerida; atender dudas, quejas o sugerencias de los clientes referidas a las instalaciones, servicios o productos; revisar y sustituir y/o rellenar todos los combustibles de baños y demás áreas del gimnasio; recibir correo y paquetería; recibir y revisar pedidos de mercancías; llevar a cabo tareas de limpieza y mantenimiento conforme al procedimiento de limpieza vigente en cada momento de las áreas del gimnasio que sean asignadas; lavar y mantener limpios las mopas, trapos y demás útiles de limpieza; mantener informado al superior directo; observar y cumplir las medidas e instrucciones del manual de seguridad e higiene; todos aquellos trabajos que sean encomendados por el superior directo y pertenezcan al ámbito de su actividad o deriven de las necesidades de la empresa.

F) A las diez personas que venían trabajando con adscripción a la referida contrata no se les permite el acceso a las instalaciones, culpándose ambas empresas de que se queden sin trabajo. Cada una de ellas presenta demanda por despido, bien que todas están redactadas en similares términos.

2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) Con fecha 24 de junio de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia (autos 106/2015), después de haber acumulado las demandas individuales, dicta sentencia estimatoria.

Declara la obligación que tiene la empresa principal de subrogarse en los contratos de trabajo con efectos de 1 de diciembre de 2014 y la improcedencia de los despidos producidos, condenando a la empresa principal (Mcfit) a readmitir a los diez demandantes (con abono de los salarios dejados de percibir) o a abonarles la indemnización que para cada uno detalla (comprendida entre los 187,55 y los 6.163,37 euros).

B) La STSJ Comunidad Valenciana 614/2016 de 9 marzo (rec. 160/2016), ahora recurrida, estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa principal (Mcfit), que resulta absuelta. Al

tiempo, condena a la empresa de limpieza (Onet) a las consecuencias del despido improcedente en los términos recogidos por la sentencia de instancia.

Argumenta que las relaciones laborales en la empresa principal se rigen por el convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. Y no cabe imponer a la empresa contratista una obligación de subrogarse al amparo del convenio colectivo de limpieza, cuyo ámbito es diferente; tampoco del artículo 25 del Convenio de instalaciones deportivas se deriva esa obligación para trabajadores que desempeñan tareas ajenas al ámbito funcional y personal de este último convenio.

3.Recurso de casación.

El 19 de mayo de 2016 tiene entrada en el Registro de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana el recurso de casación unificadora interpuesto por el Abogado y representante de la empresa Onet España SA.

Considera que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea por infringir el artículo 25 del convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios, en relación con sus artículos 1 y 4. Expone que la limpieza es una actividad imprescindible para el funcionamiento del gimnasio y que la garantía de estabilidad en el empleo no puede perderse con el argumento de que se trata de algo no esencial.

Acaba solicitando que se mantenga la condena por despido improcedente, pero en los términos contenidos en la sentencia del Juzgado de lo Social decir, siendo condenada exclusivamente la empresa principal que ha rechazado la subrogación.

4. Impugnación e Informe de Fiscalía.

A) Con fecha 30 de enero de 2017 la Abogada y representante de la empresa principal presenta escrito de impugnación al recurso interpuesto. Cuestiona la identidad de las situaciones fácticas enjuiciadas por las sentencias contrapuestas. Además, considera que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida, dada la actividad propia de la principal y la específica de la contratista.

B) Con fecha 6 de abril de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado por el artículo 226.3 LRJS, que considera concurrente la contradicción legalmente exigida.

Respecto del tema de fondo, a la vista del tenor de lo previsto en el convenio colectivo considera que no cabe interpretación extensiva como la asumida por la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por el escrito de impugnación presentado por la empresa recurrida. Eso redobla la necesidad de que debemos examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

1.El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Multitud de veces hemos añadido, además, que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

La STSJ Comunidad Valenciana 1058/2014 de 6 mayo (rec. 712/2014) estima el recurso de la empresa contratista y la absuelve de las consecuencias legales inherentes a la declaración de improcedencia de los despidos, condenando en tal sentido a la codemandada empresa principal. Esta había suscrito un contrato de arrendamiento de servicios de limpieza con la codemandada para un determinado centro deportivo. Antes de la fecha de vencimiento la empresa principal le comunicó su intención de no prorrogar el contrato. Dicha empresa asumió el servicio de limpieza del centro deportivo contratando para ello a cinco peones de limpieza, así como a tres trabajadores de la contratista mediante contratos temporales a tiempo parcial que luego se transformaron en indefinidos.

Examina el convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y entiende que ejerce unos efectos beneficiosos sobre la conservación del empleo, sin que pueda excluirse de su aplicación a la empresa principal por el hecho de que los trabajadores beneficiarios de la medida no lleven a cabo todas y cada una de las actividades propias del ámbito funcional del convenio. Así, resulta obligada la subrogación porque se trata de un rescate de trabajadores y la principal debe subrogarse también en el resto de los adscritos al centro de trabajo (nueve en total).

3. Consideraciones específicas.

A) Existen ciertas diferencias entre los casos resueltos por cada una de las resoluciones contrastadas.

En nuestro caso la empresa principal se dedica a la actividad relacionada con gimnasios y práctica deportiva. Sin embargo, en la sentencia referencial la empresa que externaliza la limpieza y luego decide asumirla es una mercantil (Gestión Deportiva Alisport SL) que ha asumido la contrata de gestión de unas instalaciones deportivas pertenecientes al Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Alicante, incluyendo las tareas de limpieza e higiene. Esa empresa contratista es la que, a su vez, ha venido externalizando la limpieza a una tercera (Comismar-Serveis Futurs Cooperativa Valenciana), para la cual prestan sus servicios las personas despedidas.

En la sentencia referencial la empresa que decide asumir con medios propios la limpieza se subroga en una parte de la plantilla que venía dedicándose a ello (un tercio, aproximadamente). En nuestro caso, por el contrario, ninguna de las personas que venía adscrita a la contrata de limpieza es subrogada por la empresa principal.

En la sentencia referencial las personas que pasan a ocuparse de la limpieza por cuenta de la empresa que rescata la contrata sigue realizando las mismas tareas. En nuestro caso, sin embargo, quienes son contratados tras esa operación realizan un conjunto de actividades descritas en el hecho probado undécimo.

B) Las tres diferencias reseñadas, sin embargo, no son lo suficientemente relevantes como para impedir la comparación entre las sentencias opuestas.

Tampoco quiebra esa sustancial identidad el que las sentencias apliquen versiones distintas del mismo convenio colectivo (una de 2006, otra de 2014); los cambios apreciados en la redacción de los artículos 1, 4 y 25 (el decisivo) son de matiz y no afectan a los términos del problema examinado.

En ambos casos estamos ante una contrata de limpieza que es dejada sin efecto por la empresa que la había puesto en juego; en ninguno de los supuestos se asume una parte esencial de la plantilla por parte de la empresa que actúa como principal; en los dos casos se sigue realizando la tarea de limpieza, sea como cometido único o mixto por las personas destinadas a ello.

C) Las dos sentencias interpretan el convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasio en un sentido diferente. El Convenio Colectivo de la empresa principal es el estatal de

instalaciones deportivas, el mismo que es aplicable en la sentencia de contraste, aunque de una fecha anterior pero la redacción de los artículos 1, 4 y 25 es idéntico.

D) En suma, coincidiendo con el criterio del Ministerio Fiscal, consideramos que concurre la identidad relevante que exige el artículo 219.1 LRJS. Sin embargo, la solución a que se llega en los dos asuntos es opuesta.

Para la sentencia recurrida los términos del art. 25 no implican la obligación de subrogarse por parte de la empresa principal porque se refiere a "una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo,(...)", y en el resto del texto no encuentra referencia alguna a las actividades de limpieza o a otras accesorias no comprendidas en el ámbito funcional y personal. La sentencia de contraste funda su condena a la empresa principal precisamente en el indicado artículo 25, descartando además que se trate de un supuesto del art. 44 ET porque el centro deportivo ha rescatado y contratado solo a tres de los nueve trabajadores que prestaban servicios anteriormente para la empresa de limpieza.

TERCERO.- Derecho aplicado y ámbito del recurso.

Antes de abordar frontalmente la resolución del caso resulta imprescindible realizar una doble consideración. Puesto que nos encontramos en el marco de un recurso extraordinario y excepcional, a fin de no desbordar sus límites, hemos de acotar el objeto litigioso y, por tanto, nuestra propia jurisdicción. Y como se está debatiendo acerca del alcance de unas previsiones convencionales, es menester comenzar por su atento examen.

1. Alcance del litigo.

A) Recordemos que las diez personas afectadas por la terminación de la contrata y consiguiente negativa de la empresa principal a subrogarse en sus contratos de trabajo han presentado demandas individuales de despido.

No estamos ante el cuestionamiento de un eventual despido colectivo "de hecho", sino ante demandas acumuladas que reclaman frente a las extinciones de modo individual, sin aludir en momento alguno a tal eventualidad. Por lo tanto, hemos de prescindir del análisis desde tal perspectiva.

B) La sentencia del Juzgado de lo Social ha declarado improcedentes los despidos, sin que esa calificación haya sido combatida ni por los demandantes (interesando la nulidad) ni por las empresas demandadas (interesando su corrección).

No estamos, por tanto, ante la discusión sobre cómo deben calificarse los despidos sino ante la determinación de si la improcedencia comporta la condena de la empresa principal (criterio de la sentencia del TSJ) o de la contratista de limpieza (criterio del Juzgado).

Pero recordemos que cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas". Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno), en interpretación legitimada constitucionalmente (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3). Por lo tanto, no debemos descartar la posibilidad de que la responsabilidad respecto del despido improcedente deba recaer sobre las dos empresas.

C) Tampoco ha habido debate sobre la existencia de una posible subrogación por asunción de plantilla o por transmisión de medios productivos.

Lo que se está discutiendo es si el Convenio sectorial comporta la existencia de una subrogación. Y pese a que la contrata que finaliza versa sobre limpieza de instalaciones, la discusión que accede a este tercer grado jurisdiccional se ha polarizado en torno a la aplicabilidad de lo previsto en el convenio colectivo regulador de la actividad desarrollada por la empresa principal.

Recordemos que, en cuanto recurso extraordinario que es, cuando resolvemos la casación debemos limitarnos al examen de las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93-; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06-; y 23/12/08 -rcud 3199/07-). Este Tribunal "no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida" (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-; 16/01/06 -rcud 670/05-; y 07/07/06 -rcud 1077/05-).

D) Por lo tanto: como no está en juego la eventual existencia de una transmisión de empresas por mandato del artículo 44 ET tampoco debemos analizar si nuestra doctrina general sobre sucesión de contratadas ha sido bien o mal aplicada. Recordemos que en ella se distinguen los casos en que se pone en juego una infraestructura productiva relevante para acometer la actividad empresarial y los supuestos de sectores de actividad donde lo relevante es la mano de obra (entrando en juego la asunción de una parte relevante de la plantilla adscrita a la unidad productiva transmitida).

E) La clave del problema se halla en que las reglas sobre subrogación que los convenios sectoriales tanto de la empresa principal cuanto de la empresa auxiliar están pensadas para los casos en que la unidad productiva donde se produce la alteración pasa de manos de una empresa a otra, pero ambas del mismo ramo funcional (gimnasios, limpieza).

Podría cuestionarse, por tanto, si debe jugar uno u otro convenio, pero en nuestro caso no resulta posible. La propia sentencia referencial (aportada por la empresa recurrente para postular la existencia de subrogación) descarta la virtualidad del régimen de sucesión de contratadas de limpieza al amparo de lo previsto en el convenio sectorial de tal actividad, de modo que esa línea argumental ni siquiera debemos explorarla.

2.El Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

Como acabamos de recalcar, la discusión que se nos traslada refiere exclusivamente a si el convenio sectorial propio de la empresa principal comporta la subrogación en los contratos de quienes vienen realizando la tarea de limpieza externalizada cuando la misma es absorbida por la principal.

Examinemos, pues, el tenor de la norma.

A) En el BOE de 11 de junio de 2018 aparece publicado el IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (código de convenio 99015105012005). Su vigencia abarca desde el 3 de abril de 2018 hasta final de 2019 (art. 3.1), aunque en materia de subrogación solo rige desde su fecha de publicación (art. 25).

Puesto que el cese de la contrata que enjuiciamos tiene lugar en diciembre de 2014 no podemos estar a sus previsiones, sino a las del precedente III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (código de convenio núm. 99015105012005), publicado en BOE de 19 septiembre 2014 y vigente desde 11 de julio de 2014 (art. 3.1), aunque sus previsiones sobre subrogación solo están vigentes desde el día de la citada publicación (art. 25). Los preceptos relevantes son los siguientes.

El artículo 1º regula la actividad funcional abarcada por el convenio colectivo y dispone lo siguiente:

"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 relacionados con el ejercicio físico. Se incluyen entre estos servicios, la práctica física deportiva, de manera amateur, voluntaria o profesional; la práctica física recreativa o de ocio deportivo, ya sean fines lúdicos, ya sean con fines didácticos o con ambos a la vez, así como la vigilancia acuática. Estas actividades o servicios podrán prestarse:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Mediante la organización de competiciones, eventos o espectáculos de carácter físico-deportivo.

Quedan igualmente incluidas dentro del ámbito funcional de este convenio las empresas que desarrollen el objeto y la actividad económica indicada aunque ésta se realice fuera de establecimientos o instalaciones habilitadas para ello, es decir, al aire libre o en contacto con la naturaleza.

Habida cuenta de que tanto la realización de la actividad física deportiva como la realización de la actividad física recreativa conlleva la prestación de servicios amplios y diferentes a los usuarios y sociedad en general, quedan comprendidas bajo este convenio aquellas empresas que tengan como objeto principal el desarrollo de tal actividad, con independencia de otras actividades complementarias, conexas o similares a la que se considera principal.

La Comisión Negociadora del presente Convenio, por las especificidades que revisten las empresas que desarrollan actividades deportivas de golf, náuticas y puertos deportivos y marinas considera que resulta necesario proceder a su regulación dentro del ámbito funcional del presente Convenio".

C) Por su lado, el artículo 4º aborda el ámbito personal, y lo hace en los siguientes términos:

"Este Convenio afectará a todos los trabajadores y empresas, tanto si éstas 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.

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. Queda excluido el personal de jardinería de campos de golf a nivel retributivo y de categorías al que le será de aplicación como referencia las del convenio de jardinería. Dichas tablas se adjuntarán a este convenio como anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia".

D) Finalmente, el extenso artículo 25 disciplina la "subrogación del personal" en los siguientes términos:

"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 Boletín Oficial del Estado 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.

III. Trabajadores que ostenten cargos de representación, sea unitaria o sindical: Dado que los representantes de los trabajadores y los delegados sindicales pueden ser de empresa y de centro de trabajo, en caso de subrogación de contratas, la subrogación de la nueva empresa respecto de estos trabajadores se realizará teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Representantes de los trabajadores, sean de carácter unitario o sindical, que hubieran sido elegidos con motivo de un proceso electoral que afectó al centro de trabajo o designados por la organización sindical a la que representan y se mantuviesen los mínimos legales para el mantenimiento de la figura de Delegado Sindical, y sean objeto de subrogación: conservarán su condición y cargo y los mismos derechos y garantías que tuvieran reconocidos en la empresa concesionaria saliente hasta el final de su mandato.

b) Los Delegados sindicales que trabajen en el centro de trabajo afectado por la subrogación, cuando sean necesariamente incorporados a la plantilla del nuevo adjudicatario y en el mismo no se dieran los mínimos legales para el mantenimiento de esta figura de representación sindical, serán subrogados manteniendo las garantías establecidas en el artículo 68, apartados a) y c), del Estatuto de los Trabajadores por un periodo mínimo de un año.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en materia de representación sindical y de las decisiones que sobre esta materia determinen los Sindicatos con representación en la empresa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

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.

V. Todos los supuestos anteriormente contemplados, se deberán acreditar documentalmente por la empresa o entidad saliente a la entrante, así como a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas y a la representación de los trabajadores o, en su defecto a los organismos provinciales de las centrales sindicales firmantes del presente Convenio, mediante la entrega de los documentos que se detallan en este artículo.

VI. La Comisión Paritaria del presente Convenio Colectivo velará por la correcta ejecución de los procesos de subrogación según lo aquí acordado. Asimismo, conocerá y emitirá resolución en un plazo no superior a cinco días hábiles y con carácter obligadamente preceptivo ante cualquier otra instancia, sobre las reclamaciones e incumplimientos, que tanto las empresas o trabajadores, puedan hacer llegar a ésta, así como las irregularidades que la propia Comisión Paritaria pudiera considerar.

El plazo de entrega será de cinco días hábiles, contados a partir del momento en que la empresa entrante comunique a la saliente el cambio de la adjudicación de servicios.

En ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la Subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirse a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear.

VII. Liquidación de retribuciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones y descansos con respecto a los trabajadores entre la empresa saliente y la que vaya a realizar el servicio.

a) Los trabajadores percibirán sus retribuciones mensuales en la fecha establecida y las partes proporcionales de pagas extraordinarias o liquidación de retribuciones pendientes de percibir, en los cinco días siguientes a la fecha de terminación de la contrata de la empresa saliente.

b) Los trabajadores que no hubieran descansado los días de vacaciones, días de descanso correspondientes, asuntos propios u otros descansos o permisos retribuidos al momento de producirse la subrogación, descansarán los que tuvieran pendientes en las fechas que tengan previstas, con la nueva adjudicataria del servicio, salvo necesidades del servicio.

c) Si la subrogación de una nueva titular de la contrata implica que un trabajador realice su jornada en dos centros de trabajo distintos, afectando a uno solo de ellos el cambio de titularidad de la contrata, ésta última gestionará el disfrute conjunto del periodo vacacional, abonándose por la empresa saliente la liquidación de las partes proporcionales de las pagas correspondientes.

Esta liquidación no implicará el finiquito si continúa trabajando para la empresa.

VIII. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador, operando la subrogación tanto en los supuestos de jornada completa, como en los de jornada inferior, aun cuando el trabajador siga vinculado a la empresa cesante por una parte de su jornada. En tal caso se procederá conforme determina el apartado anterior.

IX. No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión de la actividad por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del periodo de suspensión, dichos trabajadores tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase la actividad a otra empresa.

X. Documentos a facilitar por la empresa saliente a la entrante:

Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social.

Fotocopia de las cuatro últimas nóminas mensuales de los trabajadores afectados.

Fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los cuatro últimos meses.

Relación de personal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, vacaciones y cualquier modificación de éstos que se haya producido en los cuatro meses anteriores junto con la justificación de la misma, modalidad de su contratación, especificación del periodo de mandato si el trabajador es representante sindical, percepciones anuales del trabajador por todos los conceptos y fecha de disfrute de sus vacaciones.

Parte de I.T. y/o confirmación del mismo.

Días de asuntos propios ya disfrutados y justificación de otras licencias retribuidas.

Fotocopia de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación, si los ha tramitado la saliente.

Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado en el que se haga constar que este ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna.

Este documento deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha del inicio del servicio como nueva titular".

CUARTO.- Resolución.

A) A la vista de cuanto antecede digamos ya que, en sintonía con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso porque no consideramos errónea la doctrina de la sentencia recurrida.

Las mismas razones que sirven para que la sentencia referencial descarte la aplicación del convenio de limpieza a la empresa principal abocan a rechazar la aplicación del convenio de gimnasios a quienes vienen prestando sus servicios en una empresa de limpieza.

B) Las relaciones laborales de la empresa contratista (Onet) se rigen por un Convenio cuyo ámbito funcional y personal es completamente distinto a la actividad de la empresa principal. Para examinar si procede la aplicación del artículo 25 del Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios se requiere un elemental presupuesto: que estemos ante contratos de trabajo incluidos en su ámbito aplicativo.

C) El artículo 25 del Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios incorpora unos criterios en favor de la estabilidad del empleo que incluyen supuestos de subrogación de trabajadores. Pero los artículos 1º y 4º del convenio colectivo delimitan su ámbito de aplicación del modo examinado y, lógicamente, sin abarcar a quienes prestan sus servicios en empresas auxiliares cuya actividad escapa a la descrita en ellos.

D) Adicionalmente, disipando cualquier duda, el propio artículo 25 del convenio dispone que se aplica a supuestos que discurren en actividades "de las reguladas por el ámbito funcional de este convenio colectivo".

En suma, no cabe imponer a la empresa "Mcfit España SLU" una obligación de subrogación en los contratos de trabajo de los demandantes derivada de un convenio colectivo que no le resulta de aplicación por referirse a un ámbito personal y funcional diferente.

E) Conforme al artículo 228.2 LRJS "La sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos".

Por otro lado, el artículo 235.1 LRJS prescribe que "La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social".

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad ONET España, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Tierno Centella.

2) Declarar la firmeza de la sentencia 614/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 9 de marzo de 2016, dictada en el recurso de suplicación nº 160/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 24 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia, en los autos nº 106/2015, seguidos a instancia de D. Fidel, D^a Rebeca, D^a Marisa, D^a Matilde, D^a Micaela, D^a Miriam, D. Gustavo, D. Hermenegildo, D^a Nuria y D^a Paula contra dicha recurrente y MCFIT España, SLU, sobre despido.

3) Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo darse a las consignaciones efectuadas la finalidad legalmente prevista.

4) Imponer las costas del presente recurso a la empresa Onet España S.A.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.