

JUR 2010\240013

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Región de Murcia núm. 326/2010 (Sala de lo Social, Sección 1), de 10 mayo

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 208/2010.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Angel de Domingo Martínez.

SUCESION DE EMPRESAS: concesiones y contrataciones: despido improcedente: falta de adscripción del personal: obligación establecida en convenio colectivo.

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00326/2010

ROLLO Nº: RSU 208/2010

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MURCIA

En MURCIA, a diez de mayo del dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia formada por el Ilmo. Sr. Presidente D. RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ, y los Ilmos. Sres. Magistrados, D. JOSE LUIS ALONSO SAURA y D. JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE CIEZA y FERROVIAL, S.A., contra la sentencia número 401/09 del Juzgado de lo Social número Seis de Murcia, de fecha 14 de julio de 2009, dictada en proceso número 55/09, sobre DESPIDO, y entablado por DOÑA Valle frente a AYUNTAMIENTO DE CIEZA, A.F.S. CONSULTORIA I GESTIO ESPORTIVA, S.L., FERROVIAL, S.A. y MANPOWER TEAM E.T.T..

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figura declarados los siguientes hechos probados: "Primero.- La actora, D^aValle, cuyas circunstancias personales constan en su inicial escrito de demanda, inició prestación de servicios para el AYUNTAMIENTO DE CIEZA en fecha 03-10-03, con la categoría profesional de monitora deportiva, en jornada de 40 horas semanales, prestadas en las piscinas municipales del "Polideportivo Mariano Rojas". Segundo.- Llevada a cabo la construcción de la piscina municipal cubierta, situada frente al Parque Príncipe de Asturias de dicha localidad e inaugurada el 26-04-07 (abierta al público el 30-04-07), el AYUNTAMIENTO DE CIEZA tomó la decisión de que todas las piscinas fueran objeto de gestión indirecta; para lo que, en fecha 16-04-07, aprobó el correspondiente pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación del servicio en la modalidad de concesión que, obrante en autos, se da aquí por reproducido. Tercero.- Tramitado concurso en procedimiento abierto, resultó adjudicataria del servicio la codemandada empresa AFS CONSULTORIA I GESTIO ESPORTIVA, S.L., quien comenzó la explotación del mismo el 27-09-07. Para ello, además de subrogarse en los contratos de trabajo del personal procedente del Ayuntamiento, llevó a cabo la contratación de nuevos trabajadores. Cuarto.- A los efectos que interesan a esta litis, la plantilla del personal destinado en las piscinas municipales de Cieza ha estado integrada por los siguientes trabajadores: a) Personal procedente del AYUNTAMIENTO DE CIEZA: D^aCandelaria, Antigüedad profesional, 15-09-05, Categoría, Monitora deportiva. D^aElisa Antigüedad profesional 05-10-05, Categoría, Monitora deportiva. D^aValle, Antigüedad profesional 03-10-03, Categoría, Monitora y Recepcionista. D.Clemente, Antigüedad profesional 01-08-99, Categoría, Monitor deportivo. b) Personal de nueva contratación por AFS CONSULTORIA I GESTIO ESPORTIVA, S.L.: D.Epifanio, Antigüedad profesional 05-10-07, Categoría, Monitor deportivo. D^aMacarena, Antigüedad profesional 17-09-07, Categoría, Directora de centro. D^aPurificación, Antigüedad profesional 05-10-07, Categoría, Monitora deportiva. D.Justiniano, Antigüedad profesional 22-10-07, Categoría,

Oficial de mantenimiento. D^aMaría Esther , Antigüedad profesional 17-09-07, Categoría, Recepcionista. D.Ramón , Antigüedad profesional 05-10-07, Categoría, Monitor deportivo. Quinto.- Llevada a cabo la resolución de la contrata con efectos desde 30-11- 08 por acuerdo unilateral del AYUNTAMIENTO DE CIEZA de fecha 13-11-08 (que se da aquí por reproducido), el día 26-11-08 la empresa AFS CONSULTORÍA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. envió comunicación al personal laboral de la piscina, a través de correo electrónico enviado a "piscinacieza@hotmail.com", del siguiente tenor literal: "Comunicamos a todos los trabajadores que la mercantil AFS CONSULTORÍA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. no tomará ninguna medida en contra de los trabajadores por dejar de ir a partir de la fecha de hoy a su puesto de trabajo tras el burofax recibido en nuestra mercantil acerca de la resolución del contrato, si bien solicitamos a todos los trabajadores que estén localizables para el caso de que el Ayuntamiento nos requiera tener personal de recepción en la instalación. Mientras, y en calidad de representante de la citada mercantil autorizo a todo el personal y con motivo de la resolución del contrato a no asistir a su puesto de trabajo desde la fecha de hoy y hasta la fecha en que la mercantil no notifique personalmente otra actuación a sus trabajadores." Sexto.- En fecha 30-11-08 la empresa AFS CONSULTORÍA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. notificó a la actora carta de igual fecha y del siguiente tenor literal, a los efectos que aquí interesan: "En fecha 24 de noviembre de 2008 el Ayuntamiento de Cieza nos ha notificado la rescisión unilateral del contrato de 24 de septiembre de 2007, en virtud del cual esta empresa venía desarrollando la Gestión de la Piscina Municipal de Cieza a la que usted está adscrito. En virtud del Art. 25 II del Convenio de Instalaciones Deportivas, en caso de rescisión de la contrata, los trabajadores de la empresa saliente pasarán 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, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada. En consecuencia le comunicamos que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25.I.b) del Convenio de Instalaciones Deportivas, a partir del siguiente a la fecha de la presente comunicación, Ud. pasa a estar adscrito al Ayuntamiento de Cieza, por ser este el titular de las instalaciones deportivas. En este sentido se ha procedido a comunicar al Ayuntamiento de Cieza su obligación de subrogación en la posición de empleador respecto de su contrato de trabajo, todo ello de acuerdo con el procedimiento establecido al efecto en el convenio de aplicación. Por todo ello le comunicamos que queda resuelta su relación laboral con AFS CONSULTORIA I GESTIO ESPORTIVA, S.L. desde el día de hoy, lo que le comunicamos a los efectos oportunos, adjuntando a la presente la liquidación de haberes correspondiente. Le rogamos firme duplicado de la presente en señal de su recepción. Atentamente. En Valencia a 30 de noviembre de 2008." Séptimo.- En fecha 01-12-08 la empresa AFS CONSULTORÍA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. presentó escrito en el AYUNTAMIENTO DE CIEZA que se da aquí por reproducido y en el que comunicaba al mismo que, en cumplimiento de lo establecido en el art. 25.I.b) del precitado convenio, se había procedido a extinguir con fecha 30-11-08 la relación laboral de los trabajadores que venían prestando servicios en las piscinas municipales y que, a partir de 01-12-08, el AYUNTAMIENTO DE CIEZA se encontraba obligado a subrogarse en la posición de empleador de dichos trabajadores. Octavo.- En fecha 03-12-08, quien ahora demanda presentó ante el AYUNTAMIENTO DE CIEZA escrito que se da aquí por reproducido y en el que solicitaba que tuviera a bien subrogarse con efectos desde 01-12-08 en su contrato de trabajo, sin perjuicio de la posterior subrogación por la nueva empresa adjudicataria o, en caso contrario, que se le comunicase expresamente la decisión adoptada a los efectos que procediesen. Noveno.- Dado que hasta el día el 17-12-08 el AYUNTAMIENTO DE CIEZA no había dado respuesta al anterior escrito, quien ahora demanda presentó en dicha fecha escrito de reclamación previa ante el Ayuntamiento que se da aquí por reproducido, en impugnación de despido tácito. Décimo.- En fecha 19-12-08 el AYUNTAMIENTO DE CIEZA dio respuesta al precitado escrito de 03-12-08, en el sentido de que: 1. No es intención de este Ayuntamiento seguir prestando los servicios que se venían prestando en la instalación de la Piscina Climatizada Municipal de Cieza, entre tanto no se produzca una nueva adjudicación. 2. Que no procede la subrogación del Ayuntamiento en la posición que ocupaba la empresa AFS CONSULTORÍA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. en su contrato de trabajo, ya que para que se produzca dicha subrogación es imprescindible que exista continuidad en la actividad, no siendo suficiente para que opere la figura de la subrogación la simple titularidad de las instalaciones. 3. Que es voluntad de este Ayuntamiento, y así se refleja en el pliego de condiciones que rige la nueva adjudicación, que la nueva empresa adjudicataria se haga cargo de los trabajadores que venían prestando sus servicios en la Piscina Municipal vinculados a AFS CONSULTORIA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. Decimoprimer.- Aprobado nuevo pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación del servicio en la modalidad de concesión, que se da aquí por reproducido, y en cuya cláusula 36^a se dispone que: El adjudicatario quedará expresamente subrogado en los contratos suscritos por el anterior adjudicatario con el personal relacionado en el anexo II, que actualmente viene prestando los servicios deportivos en la piscina cubierta municipal, como mínimo, en las mismas condiciones que cada uno de ellos ostente, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del AYUNTAMIENTO DE CIEZA de 09-02-09 se adjudicó definitivamente el contrato de prestación del servicio relativo a las piscinas municipales a la mercantil FERROVIAL SERVICIOS, S.A.; suscribiéndose en fecha 02-03-09 el correspondiente contrato para la gestión y prestación del servicio que se da aquí por reproducido y en cuya estipulación novena a) se establece la subrogación del personal en los mismos términos de la precitada cláusula 36^a del pliego de condiciones. Decimosegundo.- Con anterioridad, mediante escrito de fecha 10-12-08 dirigido al AYUNTAMIENTO DE CIEZA, la empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A. se comprometió, para el supuesto de resultar adjudicataria del servicio, a subrogarse en los contratos de trabajo del personal actual de dicho servicio. Decimotercero.- La empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A. no se subrogó en el contrato de trabajo de la actora; suscribiendo con la misma en fecha 27-02-09 un contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio determinado a tiempo completo que, obrante en autos se da aquí por reproducido. Decimocuarto.- En virtud de contrato de puesta a disposición suscrito entre la usuaria empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y la empresa de trabajo temporal MANPOWER TEAM E.T.T., S.A.U., la actora prestó servicios en las piscinas municipales con carácter interino, mientras durase el procedimiento de selección de personal, los días 27 y 28 de febrero de 2009. Decimoquinto.- A los efectos de esta litis, el salario de la actora asciende a 1.422'55 # mensuales con prorrata de pagas extras. Decimosexto.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo alguno de los trabajadores. Decimoséptimo.- Ha quedado agotada la vía administrativa previa a la judicial y se han intentado los preceptivos actos conciliatorios ante el S.M.A.C. con el resultado que es de ver en las actuaciones."; y el fallo fue del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por FERROVIAL SERVICIOS, S.A. frente a la demanda planteada en su contra por

D^aValle . Que estimando en parte la demanda planteada por D^aValle , frente a las empresas AYUNTAMIENTO DE CIEZA, FERROVIAL SERVICIOS, S.A., AFS CONSULTORÍA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. y MANPOWER TEAM E.T.T., S.A.U., debo declarar y declaro la improcedencia del despido enjuiciado, condenando solidariamente a las empresas AYUNTAMIENTO DE CIEZA y FERROVIAL SERVICIOS, S.A. a que, a su elección ejercitable en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opten entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo y en idénticas condiciones que regían con anterioridad al despido o abonarle una indemnización en cuantía de 11.012,91 #; con abono, en todo caso de los salarios dejados de percibir, en función de los que constan como probados, desde la fecha del despido hasta la de la notificación de esta sentencia y sin perjuicio de los descuentos que procedan conforme a lo establecido en el art. 56.l.b) del Estatuto de los Trabajadores. Absolviendo a las codemandadas AFS CONSULTORIA I GESTIÓ ESPORTIVA, S.L. y MANPOWER TEAM E.T.T., S.A.U. de los pedimentos deducidos en su contra."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado D. BLAS CAMACHO PRIETO y D. JOSE MARTINEZ GARCIA, en representación respectivamente de la parte demandas AYUNTAMIENTO DE CIEZA y FERROVIAL SERVICIOS, S.A., impugnación de DOÑAMacarena y FERROVIAL SERVICIOS, S.A., representados respectivamente por D. JOSE MARIN MARIN y D. JOSE MARTINEZ GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Seis de Murcia se dictó sentencia, nº 401/09, el 14 de julio de 2009 , en los autos sobre Despido nº 55 de 2009, seguidos a instancia de doñaValle , contra el Ayuntamiento de Cieza, AFS Consultoría y Gestió Esportiva SL, Ferrovia SL y Manpower TEAM, ETT, SAU, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Ferrovia Servicios SA y estimando en parte la demanda declara la improcedencia del despido de la actora, condenando solidariamente a Ferrovia y al Ayuntamiento de Cieza a las consecuencias legales de ese despido improcedente, y absolviendo a las otras dos codemandadas. Por lo que las condenadas interpusieron recurso de suplicación en solicitud de una sentencia de esta Sala que revocando la de instancia las absuelva de las peticiones en su contra formuladas en la demanda. Concretamente porque el Ayuntamiento no despidió a la actora y segundo porque la responsabilidad debería recaer en la empresa saliente AFS Consultoria I Gestio Esportiva SL, empresa para la que prestaba servicios la actora hasta la efectividad de la nueva subrogación para la empresa entrante, y a quien le competía la obligación de suspensión del contrato, suplico el Ayuntamiento de Cieza. Recursos que fueron impugnados ambos por la parte actora que pidió la confirmación de la sentencia recurrida, y el del Ayuntamiento de Cieza también por Ferrovia Servicios SA.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- La cuestión a debatir radica esencialmente en la interpretación que se haga del art. 25 del II Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasio de seis de septiembre de 2006 que dice: "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.

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 art. 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 esta, 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 exigirle 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 continua 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 estos 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."

FUNDAMENTO TERCERO.- Sentado lo anterior, debe estudiarse en primer lugar el recurso interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Cieza, se basa en el apartado b) del art. 191 de la LPL para que se adicione el hecho probado quinto, con el siguiente tenor literal: "Quinto.- En el mes de septiembre de 2008 la mercantil AFS CONSULTORIA I GESTIO ESPORTIVA, S.L., procede de forma unilateral a la paralización temporal de las actividades de la piscina cubierta objeto de concesión administrativa sin autorización municipal, alegando anomalías que de forma inmediata son desmentidas por el Ayuntamiento de Cieza mediante escrito dirigido a la empresa".

Revisión de los hechos declarados probados que debe ser aceptada en base a los documentos nº 540, 541, 147, 148 y 473 referentes a los escritos presentados por la codemandada AFS Consultoria I Gestio Esportiva SL

FUNDAMENTO CUARTO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se argumenta por el Excmo. Ayuntamiento recurrente infracción del precepto 44 del ET, en relación con el art. 25 del Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios y los pliegos de condiciones que rigieron la adjudicación de concesión inicialmente a la mercantil AFS Consultoria I Gestio Esportiva SL, y después a Ferrovial Servicios SA. La cuestión debatida a través de las normas cuya vulneración se denuncia, se centra en determinar si la rescisión por parte del Ayuntamiento de Cieza del contrato suscrito con AFS Consultoria I Gestio Esportiva SL es causa determinante de la extinción del contrato de trabajo que vinculaba al trabajador demandante con esta última empresa y, de la obligación del Ayuntamiento de subrogarse en la titularidad del mismo.

De conformidad con los términos del art. 25 del convenio de referencia la finalización de la contrata no comporta la extinción del contrato ni siquiera en el supuesto de rescisión de la contrata de servicios; los términos del convenio son claros cuando expresan: "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".

Es preciso tener en cuenta que la rescisión de la contrata la provoca AFS Consultoria I Gestio Esportiva SL al cerrar las piscinas obligando de esa manera al Ayuntamiento a abrir expediente de rescisión con el fin de proceder a una nueva adjudicación de la misma; en tal caso la empresa AFS Consultoria I Gestio Esportiva SL -con aplicación de las reglas contenidas en el art. 25 del Convenio cuando establece: "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"-, debería haber promovido la suspensión del contrato.

De igual manera el Ayuntamiento demandado no está obligado a subrogarse en el contrato de actor por causa de la rescisión de la contrata de servicios, pues aunque el art. 25 del convenio establezca la posibilidad de que en caso de la rescisión de la contrata los trabajadores de la empresa saliente puedan quedar adscritos al titular de las instalaciones deportivas, tal precepto no vincula al Ayuntamiento de Cieza que no fue parte en la negociación de convenio de referencia; y así lo establece de forma expresa el apartado VIII del art. 25 del convenio cuando afirma que: "la aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador...". Tal titularidad del contrato tan sólo, puede derivar de la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores con cuya aplicación el Ayuntamiento de Cieza estaría obligado a subrogarse en la titularidad del contrato de trabajo del actor cuando fuera a continuar la explotación de las piscinas municipales con su propio personal pero no en aquellos casos como en el presente en los que el Ayuntamiento adjudica a un nuevo contratista tal explotación.

Por efecto de lo dispuesto en el mismo art. del convenio colectivo la nueva adjudicataria está obligada a subrogarse en la titularidad del contrato de trabajo del actor a partir del 27-2-2009.

En consecuencia: a) La desvinculación de la empresa AFS respecto del contrato del actor, comunicada mediante carta de fecha 1/12/2008, es constitutiva de despido improcedente y procede condenar a la misma a la readmisión del actor hasta la fecha del 27-2-2009 en la que, por adjudicación de la nueva contrata la empresa FERROVIAL SERVICIOS SA estaba obligada a subrogarse en la titularidad de dicho contrato, la sentencia recurrida en cuanto exonera de responsabilidad a dicha empresa vulnera el art. 25 del Convenio así como el art. 56 del Estatuto de los

Trabajadores . b) La falta de subrogación en la titularidad del contrato del actor por parte de la empresa FERROVIAL SERVICIOS S.A. con fecha 27-2-2009 es constitutiva de despido improcedente, por lo que procede condenar a dicha empresa a que, a su opción o bien proceda a la readmisión del actor, o bien de por extinguida la relación de servicios con el pago de la indemnización que prevee el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores . c) Procede absolver al Ayuntamiento de Cieza de las consecuencias derivadas del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores , la sentencia recurrida, en cuanto establece la responsabilidad del Ayuntamiento, vulnera los arts. 25 del Convenio de referencia y el 44 del Estatuto de los Trabajadores.

FUNDAMENTO QUINTO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 LPL se alega por Ferrovial infracción del art. 2 LPL . Motivo que no puede ser aceptado en virtud de todo lo anteriormente expresado y a tenor del no impugnado hecho probado decimo-tercero de la sentencia de instancia, donde consta que Ferrovial Servicios S.A., no se subrogó en el contrato de trabajo de la actora, suscribiendo con la misma un contrato de trabajo de duración determinado a tiempo completo, el 27 de febrero de 2009.

FUNDAMENTO SEXTO.- La empresa FERROVIAL SERVICIOS S.A. pretende su exención de responsabilidad, afirmando la vulneración del artículo 44 del ET , en cuanto que con su aplicación se establece su responsabilidad por subrogación en la titularidad del contrato de trabajo del demandante, así como la de los artículos 1.1 y 4 del ET , para afirmar que no estaba obligado a tal subrogación, por cuanto que el contrato de trabajo del actor se había extinguido validamente en fecha anterior.

La censura jurídica que se formula no puede prosperar, pues la obligación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A. de subrogarse en el contrato de trabajo del actor no deriva de la aplicación del artículo 44 del ET , sino, directamente, del artículo 25 del convenio de referencia, cuyo objetivo principal es organizar la subrogación en la titularidad de los contratos de trabajo en los casos en que dos o más empresas se sustituyan en la ejecución de la actividad que constituye el objeto funcional del convenio, y como ya se ha expresado en el anterior fundamento de derecho, la empresa saliente está obligada a mantener la vigencia del contrato de trabajo hasta que la nueva adjudicataria del servicio inicia su actividad, momento que esta debe de subrogarse la titularidad del contrato de trabajo, obligación que se mantiene, incluso, en los casos en que se procede a la suspensión de la actividad, lo cual comporta la obligación de promover la suspensión de los contratos de trabajo, sin que, en ningún caso, proceda la extinción de los mismos.

Procede por lo expuesto la desestimación del recurso que formula la citada empresa.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE CIEZA, contra la sentencia número 401/09 del Juzgado de lo Social número Seis de Murcia, de fecha 14 de julio de 2009 , dictada en proceso número 55/09, sobre DESPIDO, y entablado por DOÑAVALLE frente a AYUNTAMIENTO DE CIEZA, A.F.S. CONSULTORIA I GESTIO DEPORTIVA, S.L., FERROVIAL, S.A. y MANPOWER TEAM E.T.T., y desestimar el recurso interpuesto por FERROVIAL SERVICIOS SA, contra la misma sentencia y en consecuencia revocar la sentencia recurrida para en su lugar, estimar la demanda por despido deducida por D^aValle , y: a) Declarar que el despido de la misma acordado con fecha 1-12-2008 por la empresa AFS, es constitutivo de despido improcedente y condenar a la citada empresa a que proceda a la readmisión de la demandante hasta el 27-2-2009, así como al pago de los salarios dejados de percibir desde el 1-12-2008 hasta el 27-2-2009; b) Declarar que la falta de subrogación en el contrato de trabajo de la citada trabajadora por parte de FERROVIAL SERVICIOS, S.A., con fecha 27-2-2009 es constitutiva de despido improcedente, condenando a la citada empresa a que, a su opción, bien readmita a la trabajadora demandante en su puesto de trabajo o bien de por extinguida la relación de servicios con el pago de una indemnización de 3.546 €, condenándola en todo caso al pago de los salarios dejados de percibir desde el 27-2- 2009 hasta la notificación de la sentencia de instancia; absolver de la demanda al Ayuntamiento de Cieza y a la empresa MANPOWER TEAM E.T.T

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO, cuenta número: 3104.0000.66.0208-10, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300'51 euros en la entidad de crédito

BANESTO c/c. 2410-4043-00- 0208.10 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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