



Roj: **STS 1957/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1957**

Id Cendoj: **28079140012020100404**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2020**

Nº de Recurso: **9/2019**

Nº de Resolución: **438/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3318/2018,**
STS 1957/2020

CASACION núm.: 9/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 438/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 11 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil SERUNIÓN SA, representado y asistido por la letrada D^a. Inés María Espinosa Rodrigo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 23 de octubre de 2018, dictada en autos número 18/2018, en virtud de demanda formulada por Comisiones Obreras de Asturias, frente SERUNIÓN SA, sobre Conflicto Colectivo.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida, Comisiones Obreras de Asturias representado y asistido por la letrada D^a. Nuria Fernández Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Comisiones Obreras de Asturias, se interpuso demanda de Conflicto Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia estimatoria por la que se declare:



"en su fallo que las relaciones laborales en la empresa demandada SERUNIÓN en sus centros de trabajo de Pola de Siero (CPR Valentín Palacio) y Sotrondio (CPR Sta Bárbara), se rigen por el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva, (BOE de 22 de marzo de 2016) o aquel otro que lo sustituye, y se acuerde su íntegra aplicación en todos sus extremos, con efectos retroactivos al año anterior a la presentación de la papeleta de mediación (25/7/2018), y con cuanto más proceda en derecho, obligándose a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de lo acordado y condenando a la empresa demandada a abonar las costas de letrado de conformidad con lo dispuesto en el art. 66 de la LJS, dada su inasistencia a la mediación así como a estar y pasar por la declaración que se formule".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 23 de octubre de 2018 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que estimamos la demanda de conflicto colectivo promovida por el sindicato COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS contra la empresa SERUNIÓN S.A., y declaramos que las relaciones laborales de la empresa en sus centros de trabajo de Pola de Siero (CPR Valentín Palacio) y de Sotrondio (CPR Santa Bárbara) se rigen por el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva que les resulta ser de aplicación, retrotrayéndose los efectos derivados de tal papeleta de conciliación, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración, así como al abono de las costas del presente proceso, incluidos los honorarios de la letrada del sindicato demandante en la cuantía de 300 euros, más IVA"

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores de la empresa SERUNIÓN S.A. que, con la categoría de cocinero/a, ayudante de cocina, camarero/a, y ayudante de camarero/a, vienen prestando servicios en los centros de trabajo sitos en las residencias que el Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias "Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias" (ERA) tiene en Pola de Siero (CPR Valdés Palacio) y en Sotrondio (CPR Santa Bárbara).

SEGUNDO.- En dichos centros residenciales, la empresa SERUNIÓN es la adjudicataria desde el 17 de mayo de 2017 de los servicios de alimentación, comedor y cafetería, habiéndose subrogado en las relaciones laborales que la anterior adjudicataria del servicio, la empresa Aramark, tenía en los mismos. Según el pliego de cláusulas administrativas para la contratación por el ERA de tales servicios, el de alimentación comprendería la gestión de las compras relativas a materias primas alimentarias y elementos necesarios para su ejecución, el control de almacenes y la elaboración diaria de menús en las instalaciones afectadas por la actividad, así como del material de cocina y comedor. Por su parte el servicio de comedor incluía la distribución de los menús a los comensales y la limpieza de las instalaciones afectadas por la actividad.

TERCERO.- A los trabajadores afectados por el conflicto se les viene aplicando el Convenio Colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Este convenio también era el aplicado por la anterior empresa adjudicataria del servicio.

CUARTO.- En los centros residenciales de Pola de Siero y Sotrondio son los trabajadores de la empresa demandada los que en la cocina elaboran diariamente los menús de los desayunos, comidas, meriendas y cenas para los usuarios del centro residencial y para el personal laboral del ERA cuya jornada de trabajo coincide con el horario de alguna de las comidas. Los menús que elaboran son establecidos por SERUNIÓN que también facilita los alimentos que son llevados a la residencia por los proveedores. Igualmente son los trabajadores de SERUNIÓN los que distribuyen los menús a los comensales en el comedor o espacio correspondiente habilitado por el ERA para ello, y los que después recogen, limpian y friegan.

QUINTO.- La empresa SERUNIÓN S.A. tiene por objeto social diversas actividades entre las que se comprenden, según sus estatutos sociales, la prestación de servicios de hostelería y alimentación a entidades públicas y privadas (apartado a) del artículo 2 de los estatutos sociales de la Compañía), y el cuidado, promoción, asistencia, rehabilitación, inserción social y todo tipo de tratamiento a personas de la tercera edad, o cualesquiera otras que padezcan enfermedades, discapacidades físicas, psíquicas o carencias económicas; mediante la gestión de residencias en régimen de propiedad o por medio de cualquier tipo de contratos o acuerdos con entidades públicas o privadas, con extensión expresa a la asistencia domiciliaria (apartado e) del artículo 2)".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de SERUNIÓN SA, en el que se alega los siguientes motivos:



"PRIMERO.- Amparado en la letra e) del artículo 207 y de la letra b) del apartado 2 del artículo 210 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para denunciar error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios y para denunciar la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia social que iremos desgranando a lo largo del escrito.

SEGUNDO.- Amparado en la letra e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto por vulneración de lo establecido en los artículos 1 del Convenio Colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal por falta de aplicación del mismo, del artículo 2 del Convenio Colectivo estatal de restauración colectiva y del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, por aplicación indebida de los mismos, y por vulneración de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil".

El recurso fue impugnado por la letrada D^a. Nuria Fernández Martínez, en representación de Comisiones Obreras de Asturias.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de junio de 2020, fecha en que tuvo lugar.

De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la representación letrada de la mercantil SERUNIÓN, S.A. se formula el presente recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 23 de octubre de 2018, Proc. 18/2018, que estimó íntegramente la demanda formulada en su día por Comisiones Obreras y condeno a la mercantil aquí recurrente. El recurso se articula en dos motivos: en el primero de ellos, se solicita la revisión de un concreto hecho probado; y, en el segundo, se denuncia infracción jurídica, solicitando, en definitiva, la casación y anulación de la sentencia recurrida y la consiguiente desestimación de la demanda origen de las presentes actuaciones.

El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de Comisiones Obreras, e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente.

2.- El conflicto que aquí se dilucida se inició mediante demanda de CC.OO. en la que solicitaba que los trabajadores de la demandada SERUNIÓN que prestan servicios en el Centro Público Residencia Valentín Palacio en Pola de Siero y en el Centro Público Residencia Santa Bárbara en Sotondrio (ambas residencias de ancianos) deberían regirse por el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva y no por el que venía rigiendo sus relaciones laborales que era el convenio colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

La sentencia de instancia estimó la demanda de conflicto colectivo al considerar que la actividad que desarrollaban los trabajadores de SERUNIÓN en las mencionadas residencias (servicios de alimentación, comedor y cafetería) encajaba de lleno en el ámbito funcional del convenio cuya aplicación se reclamaba, cuyas retribuciones eran superiores a las del convenio que se venía aplicando.

SEGUNDO.- 1.- Amparándose en la letra e) (seguramente por error de transcripción se quiso decir la letra "d") del artículo 207 y en la letra b) del artículo 210.2 LRJS, la recurrente denuncia error en la apreciación de la prueba y pretende la modificación del hecho probado al que pretende darle una nueva redacción completa.

2.- A la vista del tenor literal del motivo, nuevamente la Sala se ve en la necesidad de recordar las mínimas exigencias que exige la construcción de un motivo de revisión fáctica y su eventual éxito. De manera resumida y atendiendo, únicamente, a las circunstancias aquí concurrentes, hemos de reiterar que la revisión de hechos en esta sede casacional requiere que el recurrente señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse). La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Que la errónea apreciación que denuncia la recurrente derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].



Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).

3.- La aplicación de la doctrina anterior conduce a la desestimación del motivo. En efecto, resulta que, el único documento citado en apoyo de la tesis del recurso es un punto (el 2.1.3) del pliego de cláusulas administrativas aportado de contrario (que no identifica con ningún otro criterio o referencia) del que pretende extraer no sólo elementos fácticos que pudieran derivarse de su tenor literal sin conclusiones y argumentaciones para las que la Sala debe analizar el conjunto de la prueba, lo que no resulta compatible con este extraordinario recurso. En segundo lugar, resulta que la parte no explica ni acredita en qué consiste el supuesto error del juzgador y en qué medida el documento que esgrime demuestra tal equivocación. Por último, la sala de instancia ya sentó los hechos probados teniendo en cuenta el pliego de condiciones citado y lo que la recurrente pretende es sustituir el objetivo e imparcial criterio de la sala sentenciadora por su propia visión de las cosas. Se impone, por tanto, la desestimación del recurso; más aún cuando esta Sala no alcanza, tampoco a comprender, en qué medida y, sobre todo, porqué debería modificarse el fallo si la revisión propuesta se admitiese.

TERCERO.- 1.- En el segundo motivo del recurso, con fundamento en el apartado e) (del artículo 207 LRJS se denuncia infracción de normas del ordenamiento jurídico aplicables al caso. En concreto se achaca a la sentencia recurrida vulneración por inaplicación del artículo 1 del Convenio colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; y aplicación indebida del artículo 2 del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva; así como infracción del artículo 82.3 ET y de los artículos 1281 y 1282 CC, y, especialmente, de la STS de 17 de marzo de 2015, Rec. 1464/2014.

Para sostenerte el motivo, la recurrente parte de que es una empresa multiservicios que desarrolla diversas actividades y que, para la determinación del convenio aplicable hay que estar a la actividad real preponderante en la empresa, tal como precisa la referida sentencia, y siendo dicha actividad la atención a las personas de la tercera edad, ese debe resultar el convenio de aplicación.

2.- Para la resolución del recurso hemos de partir de los hechos declarados probados y en los mismos, concretamente en el hecho quinto, que ni siquiera ha sido cuestionado se establece que la demandada SERUNIÓN S.A. tiene como objeto social "diversas actividades entre las que se comprenden, según sus estatutos sociales, la prestación de servicios de hostelería y alimentación a entidades públicas y privadas (apartado a) del artículo 2 de los estatutos sociales de la compañía), y el cuidado, promoción, asistencia, rehabilitación, inserción social y todo tipo de tratamiento a personas de la tercera edad, o cualesquiera otras que padezcan enfermedades, discapacidades físicas, psíquicas o carencias económicas; mediante la gestión de residencias en régimen de propiedad o por medio de cualquier tipo de contratos o acuerdos con entidades públicas o privadas, con extensión expresa a la asistencia domiciliaria"; sin que en ningún momento conste cuál sea la actividad preponderante en la empresa. Pero si consta -hecho probado segundo- que la única actividad desempeñada en las residencias de Pola de Siero y Sotondrio es la de alimentación y comedor; comprendiendo la alimentación "la gestión de las compras relativas a materias primas alimentarias y elementos necesarios para su ejecución, el control de almacenes y la elaboración diaria de menús en las instalaciones de los centros y limpieza de las instalaciones afectadas por la actividad, así como del material de cocina y comedor"; y la actividad de comedor incluía "la distribución de los menús a los comensales y la limpieza de las instalaciones afectadas por la actividad".

Por su parte el artículo 2 del Convenio colectivo estatal de restauración colectiva establece que "De acuerdo con lo previsto en el artículo 59.1 del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería el ámbito de aplicación funcional será el de las empresas y trabajadores/as del sector de Restauración Colectiva. Se entiende por servicio de restauración colectiva, aquel que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo "cliente" o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad, dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello



una contraprestación. Asimismo se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este capítulo los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de restauración colectiva. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación las actividades de catering aéreo así como la hostelería tradicional que se presta en espacios destinados al transporte (aeropuertos, estaciones de autobuses, estaciones ferroviarias, etc.)

Son de restauración colectiva las empresas que, mediante un contrato o una concesión administrativa, sirvan comidas y/o bebidas a contingentes particulares y no al público en general. Así como las diversas unidades de gestión anexas abiertas al público que la contrata, concesión o contrato de prestación incluya si fueran auxiliares de aquella (prestaciones accesorias en el denominado "cliente cautivo").

Se incluyen en el ámbito funcional las actividades auxiliares como el asesoramiento y gestión en materia dietética, el suministro de materias primas al cliente principal y cuantas actividades auxiliares complementen el servicio de restauración. Se incluye expresamente el "catering" de eventos realizado por las empresas encuadradas en este ámbito de aplicación.

Asimismo, quedan integradas en el campo de aplicación de este Convenio, las empresas y los centros de trabajo que tengan como actividad principal las propias del sector de la restauración colectiva. Por lo que será de aplicación a las empresas del grupo empresarial, cuando desarrollen otras actividades complementarias o afines. Y cuando presten sus servicios principalmente en el espacio físico en el que despliega su actividad la empresa principal".

3.- De cuanto antecede resulta claro que no estamos ante un supuesto idéntico al que se contempló en nuestra STS de 17 de marzo de 2015 (Rcud. 1464/2014). En efecto, en dicho supuesto la empresa multiservicios demandada tenía adjudicados en la empresa cliente la realización de diversos servicios que, materialmente, podrían incluirse en convenios distintos y de lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que prestaban servicios en la empresa cliente, motivo por el cual en aquella ocasión se desechó el criterio de la actividad realizada a favor del de la actividad real preponderante en la empresa. En cambio, en el supuesto presente, la empresa multiservicio sólo tiene contratada una actividad en la empresa cliente que, materialmente, solo está regida por un mismo convenio colectivo y, a diferencia del caso anterior, aquí la disyuntiva no es decidir entre convenio de la actividad desarrollada por el trabajador o convenio de la actividad preponderante que desempeña la empresa multiservicios. En este caso la disyuntiva es entre el convenio sectorial que rige la actividad que realizan los trabajadores o convenio sectorial de aplicación en la empresa cliente.

CUARTO.- 1.- Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata yal como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores

En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola. Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia que, está penado, precisamente, para situaciones como la que contemplamos y, además, no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

2.- La aplicación de la doctrina anterior según la que los trabajadores afectados se regirán por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada, lleva a la misma conclusión que la Sala adoptó en un supuesto idéntico al presente, aunque por motivos diversos en atención a peculiares circunstancias, en la STS de 22 de febrero de 2019, Rec. 237/2017, en la que, en atención a la actividad principal de la empresa se aplicó el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Colectividades de Catalunya y no el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, a una empresa que opera como subcontratista, en las residencias geriátricas, en la actividad de restauración colectiva a los residentes.



3.- Lo expuesto conduce, tal como informa el Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas por aplicación del artículo 235.2 LRJS.

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 interpuesto por la mercantil SERUNIÓN SA, representado y asistido por la letrada D^a. Inés María Espinosa Rodrigo.

2.- Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 23 de octubre de 2018, dictada en autos número 18/2018, en virtud de demanda formulada por Comisiones Obreras de Asturias, frente SERUNIÓN SA, sobre Conflicto Colectivo.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.