

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 136/2019 de 22
Feb. 2019, Rec. 237/2017**

Ponente: Calvo Ibarlucea, Milagros.

CASACION núm.: 237/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 136/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 22 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Enrique Moreno Almarcegui en nombre y representación de Geriatria Siglo XXI, S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de julio de 2017 en autos nº 11/2017 seguidos a instancias del Sindicato de Restauración Social de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo (FesMC) de la Unión General de Trabajadores de Cataluña contra la empresa Geriatria Siglo XXI, S.L., Sodexo Care Services, S.L. en materia de conflicto colectivo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el letrado D. Ricardo Couceiro Caballares en nombre y representación del Sindicato de Restauración Social de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo (FeSMC) de la Unión General de Trabajadores de Cataluña, mediante escrito de fecha 5 de abril de 2017 presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se declare que el colectivo afectado por este conflicto se encuentra dentro del ámbito personal y funcional del convenio colectivo de trabajo para el sector de colectividades de Cataluña, siendo éste el convenio de aplicación.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 11 de julio de 2017 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el SINDICATO DE RESTAURACIÓN SOCIAL DE

LA FEDERACIO DE SERVÉIS, MOBILITAT I CONSUM DE LA UNIÓ GENERAL DE TREBALLADORS, contra las empresas, GERIATRIA SIGLO XXI, S.L., y EXCELENT FACILITY SERVICES, S.L., en procedimiento de conflicto colectivo en materia de determinación del convenio colectivo aplicable a sus trabajadores que prestan servicios en distintas Residencias, debemos declarar y declaramos que el convenio colectivo aplicable a GERIATRIA SIGLO XXI, S.L., es el del Sector de Colectividades de Catalunya (código de Convenio núm. 79100055012013), aprobado por resolución EMO/2501/2015, de 2 de noviembre, publicado en el D.O.G.C. del día 9 de noviembre de 2015, desestimando su demanda frente a EXCELENT FACILITY SERVICES, S.A. Cada una de las partes se hará cargo de las costas causadas a su instancia."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación:

"PRIMERO.- El presente conflicto colectivo ha sido interpuesto por el Sindicato de restauración social de la Federación de Servéis, Mobilitat y Comsum de la Unió General de Treballadors de Catalunya (UGT), siendo partes demandadas, la empresa Geriatria Siglo XXI, S.L. y Sodexo Care Services, S.L. (respecto de la que desistió casi inicialmente), ampliando posteriormente su demanda frente a la empresa, Excelent Facility Services, S.L., afectando a todos los trabajadores de sus centros de trabajo situados en Cataluña en la actividad de alimentación en residencias geriátricas, siendo la pretensión del sindicato demandante que se aplique el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Colectividades de Catalunya (código de Convenio núm. 79100055012013), aprobado por resolución EMO/2501/2015, de 2 de noviembre, publicado en el D.O.G.C. del día 9 de noviembre de 2015, mientras que las dos empresas codemandadas aplican a su personal el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, registrado por resolución de 25 de abril de 2012, publicado en el B.O.E. del día 18 de mayo de 2012. (Se trata de un hecho conforme entre las partes, que se deduce también del escrito de demanda y de la contestación a la misma).

SEGUNDO.- La empresa codemandada, Geriatria Siglo XXI, S.L., que comenzó sus actividades el día 14 de noviembre de 1997, tiene como objeto social "la gestión total o parcial de residencias para la tercera edad o centros similares, prestación y explotación servicios de alimentación, limpieza y mantenimiento, prestación, servicios atención personas hospedadas, etc.", siendo su actividad principal en la actualidad, que supone más de un 90% de su giro, la consistente en suscribir contratos de arrendamiento obra de servicio con Residencias Geriátricas preexistentes, por todas, "Fundado Vallparadis, adjudicatario de la Residencia Geriátrica de Sant Feliu de Llobretat", denominado "Contratóle arrendamiento de servicios en residencias geriátricas de alimentación", en cuyo cumplimiento, con personal propio contratado al efecto, presta los siguientes servicios tipo para del geriátrico: "Compra de materia prima para efectuar el desayuno, almuerzo y cena; elaboración de menús con sus pautas genéticas (aquí se tiene en cuenta las necesidades de los distintos tipos de residentes en el geriátrico); Colocación de la comida en las bandejas o carros calientes y situarlos en la puerta de la cocina (no han de penetrar en el resto de la Residencia donde se encuentran loslhternos); Se compromete también a dejar debidamente limpia la dependencia de la cocina y el almacén, así como los útiles de cocina una vez terminado el servicio.", percibiendo a cambio la contraprestación económica pactada a cargo de la residencia geriátrica, teniendo en la actuación suscritos unos 11 contratos de arrendamiento con distintas residencias geriátricas. (Estos hechos se desprenden de la escritura de constitución de la empresa, nota del registro mercantil, prueba pericial practicada)or la perito Doña. Milagrosa , cuyo informe obra en los folios 1765 a 1880 de las actuaciones, y en que se incluyen los datos de todas las residencias afectadas, su facturación, su personal, etc.).

TERCERO.-La empresa codemandada, Geriatria Siglo XXI. había aplicado hasta el día 1 de enero de 2012 a sus trabajadores, el Convenio Colectivo de Hostelería de Cataluña, publicado en el D.O.G.C del día 30 de octubre de 2008, con vigencia para los años 2008-2011, que entonces incluía una sección en que regulaba el trabajo prestado en "Colectividades", pasando aplicar a partir de entonces el Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, eso sí reconociendo a los antiguos

trabajadores un complemento salarial para cubrir las diferencias salariales entre ambos convenios. (prueba documental folio 397 y siguiente de autos y testifical de la trabajadora, Doña Rosa).CUARTO.- Que la cuestión relativa a cual es el Convenio aplicable a los trabajadores de Geriatria Siglo XXI, que prestan sus servicios en las cocinas de diversos geriátricos, si el de Colectividades de Cataluña o el Estatal de servicios de atención a las personas dependientes, es algo controvertido entre la representación sindical y varias empresas del sector, habiendo llegado a un acuerdo en sede del Tribunal Laboral de Catalunya en fecha 30 de marzo de 2015 por el cual a partir del día 1 de octubre de 2015 se volvería a aplicar el Convenio del Sector de Colectividades, acuerdo del que se desvinculó Geriatria Siglo XXI en fecha 15 de julio de 2016, al entender que el Convenio aplicable era el Estatal, acordando que esta diferencia se discutirá en la jurisdicción social, lo que ha sido el caso (hecho sexto de la demanda y documento obrante en los folios 379 y 380 de las actuaciones).

QUINTO.-Respecto de la otra empresa codemandada, Excelent Facility Services, S.L., constituida en fecha 1 de octubre de 2013, tiene suscrito dos contratos de arrendamiento de servicios con única empresa de Geriatria, Residencial Palau, denominado el primero de ellos, "Contráete del Servei de Restaurado", muy semejante en su contenido a los que tiene suscritos Geriatria Siglo XXI, S.L., con otras varias residencias, y otro contrato de arrendamiento del Servicio de Limpieza. En la ejecución de dichos contratos, que afectan a un total de 20 trabajadores, 8 de cocina y 12 de limpieza, se subrogó en fecha 1 de noviembre de. 2016 de la empresa Geriatria Siglo XXI, S.L., aplicándoles el Convenio colectivo de personas dependientes al ser el que aplicaba dicha empresa, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores , hasta que finalice en el mes de noviembre de 2017, la vigencia de dicho convenio. En su relación de trabajo hay varios trabajadores que cobran a título personal por encima del convenio aplicado (contestación de la demanda y prueba documental obrante en los folios 443 a 550 de las actuaciones).SEXTO.- Sobre estos hechos se ha celebrado el pertinente intento de conciliación terminado sin avenencia entre las partes."

QUINTO.- Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , siendo su objetivo denunciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la desestimación del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de febrero de 2019 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Sindicato de Restauración Social de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo (FeSMC) de la Unión General de Trabajadores de Cataluña, se promovió demanda de conflicto colectivo frente a Geriatria Siglo XXI, S.L., y Excelent Faciliti Services, S.L., en cuyo suplico solicita que el colectivo afectado por este conflicto se encuentra dentro del ámbito personal y funcional del convenio colectivo de trabajo para el sector de colectividades de Cataluña, siendo éste el convenio de aplicación.

La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó el 11 de julio de 2017 sentencia estimatoria de la demanda frente a Geriatria Siglo XXI y absolvió a Excelent Faciliti Services, S.L.

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución recurre en casación Geriatria Siglo XXI, S.L., al amparo del artículo 207 e) de la LJS mediante dos motivos.

En el primero de los motivos la recurrente alega la infracción del artículo 2 del Convenio colectivo de Cataluña del Sector de Colectividades aprobado el 2 de noviembre de 2015.

La cuestión a resolver se plantea a propósito de la aplicación por la demandada del Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo Estatal, en tanto que por la parte actora se considera de aplicación el convenio de ámbito autonómico.

La sentencia ha resuelto en favor del convenio cuya aplicación sostiene el sindicato demandante con base en la declaración de hechos probados que se contiene en los ordinales segundo, tercero y cuarto, partiendo de la base de que no es una empresa "multiservicios", lo que abonaría la aplicación del convenio de ámbito estatal, sino dedicada, según los contratos que suscribe, al arrendamiento de servicios en residencias geriátricas de alimentación, descripción que más bien debería sustituirse por la de "contrato de arrendamiento de servicios de alimentación en residencias geriátricas".

Frente a lo resuelto opone la recurrente en el primer motivo la redacción del artículo 2.1 del Convenio Colectivo Autonómico, destacando la presencia de la conjunción copulativa "y" en lugar de la disyuntiva "o" al referirse al ámbito funcional.

Los términos del precepto son los siguientes: "El presente convenio colectivo afecta y obliga a todos los establecimientos y empresas, cualesquiera que sea la forma jurídica que adopten dedicadas a la actividad de restauración colectiva "y" comida transportada, dentro de las empresas de colectividades afectadas por el presente convenio".

La recurrente puntualiza que ambas actividades, unidas, definen el ámbito funcional y que la actividad prioritaria de restauración se lleva a cabo en las propias cocinas de las residencias, a diario y según los menús especiales requeridos, apareciendo en los hechos probados que "los trabajadores de Geriatria Siglo XXI, S.L. prestan sus servicios en las cocinas de diversos geriátricos y que la actividad es la de preparar comida como subcontratista en Residencias".

A la ausencia de actividad de transporte de comida atribuye la recurrente la desvinculación de la empresa respecto al convenio sectorial cuya aplicación la sentencia impone.

La interpretación que se realiza en el recurso acerca del texto convenido en relación con la actividad que consta desempeñada por Geriatria Siglo XXI, S.L., no coincide con el significado que cabe atribuir al conjunto formado por los hechos y el elemento normativo.

La utilización de la conjunción "y" viene a demostrar que el ámbito del convenio no es tan solo el de una actividad de restauración desempeñada mediante el transporte de comida sino que abarca ambas posibilidades, la restauración tradicional, en el propio centro de asistencia y la fórmula popularizada de "catering" mediante la cual se lleva a cabo el suministro alimentario cuya preparación tiene lugar en un centro de trabajo diferente.

TERCERO.- En el segundo motivo se denuncia la infracción de los artículos 1 y 3 del Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo Estatal.

El artículo 1 en su párrafo 1 define el ámbito funcional como el constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia. Todo ello cualquiera que sea su denominación y con la única excepción de aquellas empresas cuya gestión y titularidad correspondan a la Administración Pública.

A la anterior dicción sobre el ámbito funcional del convenio estatal hay que sumar su párrafo segundo con las especificaciones que el mismo contiene y la precisión acerca de la concurrencia de convenios y por último la concreción referida en el artículo tercero por lo que dichas normas son reproducidas a continuación:

"Igualmente Quedan afectadas por este Convenio, las divisiones, líneas de negocio, secciones u otras unidades productivas autónomas dedicadas a la prestación del servicio de ámbito funcional, aún cuando la actividad principal de la empresa en que se hallen integradas sea distinta o tenga más de una actividad perteneciente a diversos sectores productivos."

"Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Convenio las empresas que realicen específicos cuidados sanitarios como actividad fundamental, entendiéndose esta exclusión, sin perjuicio de la asistencia sanitaria a las personas residentes y usuarias, como consecuencia de los problemas propios de su edad y/o dependencia".

"Queda comprendido en el ámbito del presente Convenio el personal que presta sus servicios en las empresas afectadas por el mismo.

Queda expresamente excluido el personal que preste sus servicios en centros y/o empresas cuya titularidad y gestión corresponda a la administración pública".

La interpretación del conjunto de normas que la recurrente alega como infringidas le lleva a considerar que su actividad está plenamente incardinada en el párrafo 1º del artículo 1º del Convenio Estatal , que la propia sentencia considera probada la elaboración de menús adaptados, que aún considerando la posibilidad de ejercer mas de una actividad sería de aplicación el convenio estatal al ejercer éste una vis atractiva convenio que por otra parte al contemplar cuatro grupos profesionales incluye cincuenta y cuatro categorías entre ellas las de cocinero, pinche de cocina, limpiador/planchador.

La sentencia recurrida asienta su decisión en que no nos hallamos ante una empresa "multiservicios", sino que su objeto social principal, en mas del 90% es la de preparar comida como subcontratista en Residencias por lo que resulta de aplicación el principio de actividad preponderante.

Con arreglo al artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores , un convenio colectivo durante su vigencia no podría ser afectado por convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 y salvo lo que se prevé a propósito de los convenios de empresa, de grupo o red y los de ámbito autonómico, con la excepción que a su vez se establece para éstos.

La existencia de un convenio de ámbito autonómico como el que da lugar a la controversia suscita la doble cuestión acerca de si dado el ámbito de actividad puede llegar a existir concurrencia, lo que podría resultar excluido y en caso de existir cual sería la preferencia aplicativa con arreglo al juego de normas esenciales y excepciones del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores .

Cuando la recurrente invoca el apartado 2.3 del Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo Estatal prescinde de que al establecer la prohibición de concurrencia con el mismo, y la norma para resolverla precisamente con arreglo al principio de especialidad, ocurre que la especialidad se da en el convenio autonómico, aplicable a la empresa contratista o subcontratista dedicada en un 90% a la actividad de restauración, en tanto que el Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo Estatal resultaría aplicable a la empresa principal dedicada a la atención de personas acogidas en residencias, centros de día etc. que les dispensan una atención integral no limitada al servicio de alimentación, único que la demandada cubre.

Por esta razón no cabe llegar a valorar la existencia de posible concurrencia y las normas que la exceptúan dado que ni siquiera se produce al poseer contornos definidos una y otra actividad, derivando todo ello en la ausencia de infracción por la sentencia de las normas cuya vulneración denuncia Geriátrico XXI.

Por lo expuesto y de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso interpuesto debiendo sufragar cada parte las costas causadas a su instancia.

FALLO

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

: Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Enrique Moreno Almarcegui en nombre y representación de Geriatria Siglo XXI, S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de julio de 2017 en autos nº 11/2017 . Debiendo sufragar cada parte las costas causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.