



Roj: **STSJ AS 2672/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:2672**

Id Cendoj: **33044340012017101927**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2017**

Nº de Recurso: **1749/2017**

Nº de Resolución: **1953/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE FELIX LAJO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 01953/2017**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

**C/ SAN JUAN Nº 10**

**Tfno: 985 22 81 82**

**Fax: 985 20 06 59**

**NIG: 33004 44 4 2016 0000522**

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0001749 /2017**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000254/2016

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

**RECURRENTE/S D/ña** Rodolfo

**ABOGADO/A:** ANTONIO FERNANDEZ URRUTIA

PROCURADOR:

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** MONTRASA MAESSA ASTURIAS S.L., ALCOA INESPAL AVILES S.L.U.

**ABOGADO/A:** MARIA MONTOTO GARCIA, ARMANDO DÍAZ GARCÍA

**PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:**

**Sentencia núm. 1953/2017**

En OVIEDO, a veintisiete de julio de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. JOSÉ FELIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente



## SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001749/2017, formalizado por el LETRADO ANTONIO FERNANDEZ URRUTIA, en nombre y representación de Rodolfo , contra la sentencia número 141/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILES en el procedimiento sobre DESPIDO 0000254/2016, seguido a instancia de Rodolfo frente a las empresa MONTRASA MAESSA ASTURIAS S.L. y ALCOA INESPAL AVILES S.L.U., siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. JOSÉ FELIX LAJO GONZÁLEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Rodolfo presentó demanda contra MONTRASA MAESSA ASTURIAS S.L. y ALCOA INESPAL AVILES S.L.U., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 141/2017, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.- D. Rodolfo ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dirección de MONTRASA MAESSA ASTURIAS S.L. en la "Obra Civil y Servicios de Apoyo a Fundición y Servicios de Electrolisis" que se desarrollaba en las instalaciones de ALCOA INESPAL AVILÉS S.L.U. sitas en San Baladrán, con antigüedad de 21-1-1987, categoría profesional de oficial de 2ª, con un salario bruto diario de 80#11 euros, en cómputo anual. El trabajador fue subrogado por MONTRASA en fecha 13-4-2015, habiendo prestado servicios anteriormente para las sucesivas adjudicatarias de la obra (incontrovertido).

D. Rodolfo no es representante de los trabajadores (incontrovertido).

2.- MONTRASA fue la adjudicataria del contrato "Obra civil y servicios de apoyo a fundición y servicios de electrolisis" del cliente ALCOA INESPAL desde el 13- 4-2015, subrogando a 34 trabajadores que provenían de JOFRASA. El contrato suscrito, con vigencia prevista hasta el 31-3-2018, fue resuelto por MONTRASA mediante comunicación a ALCOA de fecha 5-2-2016. El día 5-4-2016 finalizó el contrato. En esta misma fecha, MONTRASA extinguió los contratos de los 34 trabajadores adscritos a la "Obra Civil y Servicios de Apoyo a Fundición y Servicios de Electrolisis", entre ellos el actor, habiéndose comunicado dicha decisión al Comité de Empresa (folios 86-190 y 224-225).

3.- La misiva de fecha 23-3-2016 comunicada por MONTRASA a D. Rodolfo tiene el siguiente contenido (folio 84):

"Ponemos en su conocimiento que, con fecha 5 del próximo mes de abril, procederemos a rescindir su contrato de trabajo al haber llegado a su término el contrato de obra civil y servicios de apoyo a fundición y servicios de electrolisis que venía realizando esta compañía para Alcoa Inespal en sus instalaciones de Avilés y al que usted estaba adscrito.

Ello no obstante, le hacemos saber que de conformidad con lo previsto en la Norma 5ª de la Orden 22/4/1976, a la que se remite el art. 58 del Convenio colectivo de Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias, la nueva adjudicataria vendrá obligada a subrogarse en los derechos y obligaciones que le asisten, y ello aunque mediara un intervalo de hasta tres meses entre la fecha de su cese en Montrasa Maessa Asturias y el comienzo de las obras por la nueva empresa"

4.- Tras la notificación de resolución del contrato de prestación de servicios por MONTRASA, ALCOA ofertó en fecha el contrato "Obra Civil y Servicios de Apoyo a Fundición y Servicios de Electrolisis", sin lograr adjudicatarios (folios 356-368).

En ALCOA INESPAL AVILÉS S.L.U. se continúan realizando algunas tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA en sus instalaciones (sentencia de conflicto colectivo, folios 343-347; testifical Sr. Rey). Para ello, ha alquilado diversa maquinaria (folios 369-378). No consta que haya contratado más personal (folios 347-348 del procedimiento 237/16 seguido ante este mismo Juzgado).

5.- El día 10-7-2002 se celebró una reunión en la Dirección General de Industria y Minería del Principado de Asturias entre la representación de las empresas auxiliares, sindicatos y ALCOA INESPAL S.A. Las empresas auxiliares, entre ellas MONTRASA, y los representantes de los trabajadores, en presencia de los representantes de ALCOA INESPAL y del Director General de Industria y Minería, suscribieron un acuerdo cuyo ámbito personal era el de los trabajadores relacionados en el Anexo I, el ámbito funcional era el de las empresas firmantes del mismo en tanto mantengan contratos en el centro de ALCOA en Avilés y las que se incorporen en el futuro y el ámbito temporal abarcaría hasta el 31-12-2005. Las medidas socio-laborales acordadas fueron



el establecimiento de una garantía de subrogación en el supuesto de cambio de titularidad en los contratos entre las empresas afectadas por el Acuerdo y que afectaría a los trabajadores relacionados en el Anexo I y a los cuales no les resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 58 del Convenio Colectivo de Montajes y Empresas Auxiliares el Principado de Asturias, así como que el personal se integraría en la nueva adjudicataria con la condición de fijo de obra conservando la antigüedad y condiciones económicas que pudiese acreditar en su anterior empresa. Igualmente se acordó que los excedentes que se pudieran producir y que afectaran al personal relacionado en el Anexo I serían recolocados en alguna de las empresas auxiliares que tengan contratos vigentes con ALCOA y acrediten la existencia de personal eventual en sus plantillas prestando servicios en el centro, entendiéndose por eventual todo trabajador que no figure en las listas de personal afectado, sea cual sea su contrato de trabajo. La recolocación se efectuaría de acuerdo a los criterios siguientes: por sectores de actividad, por categorías profesionales y especialidades y personal recualificable. ALCOA INESPAL manifestó darse por enterada del contenido del Acuerdo, no teniendo nada que manifestar sobre el mismo (folios 64-74).

El día 18-1-2007 se acordó por los sindicatos CCOO y UGT y por MONTRASA, entre otras, la prórroga del Acuerdo de 10-7-2002, desde el 1-1-2007 al 31-12-2009, dándose ALCOA por enterada del contenido del acuerdo, no teniendo nada que manifestar sobre el mismo (folios 76-77).

El día 18-1-2011 se acordó por los sindicatos CCOO y UGT, así como por MONTRASA, entre otras, la prórroga del Acuerdo de 10-7-2002, desde el 1-1-2010 hasta el 31-12-2013, dándose ALCOA por enterada del contenido del acuerdo, no teniendo nada que manifestar sobre el mismo (folios 78-79).

**6.-** La parte actora presentó papeleta de conciliación ante la UMAC el 22-4-2016, donde se celebró acto de conciliación sin avenencia el 6-5-2016 (incontrovertido).

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que, acogiendo las excepciones de falta de acción y falta de legitimación pasiva y estimando la demanda presentada por D. Rodolfo en su petición principal, declaro la nulidad de la extinción contractual de 5-4-2016, condenado a MONTRASA MAESSA ASTURIAS S.L. a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, con la libre absolución de ALCOA INESPAL AVILÉS S.L.U.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Rodolfo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 23 de junio de 2017.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20 de julio de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO: PRIMERO.- RECURSO PLANTEADO.

Interpone recurso el actor, don Rodolfo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Avilés en fecha 31 de marzo de 2017, que estima la demanda y declara nulo el despido del trabajador demandante, y condena a su empleadora, -la contratista MONTRASA MAESSA ASTURIAS S.L.-, a su inmediata readmisión, al haber obviado los trámites previstos legalmente para el despido colectivo. La sentencia absuelve a la codemandada ALCOA INESPAL AVILES S.L.U., - empresa principal-, por considerar que, una vez finalizada la contrata a instancia de la contratista, - MONTRASA-, no se ha protagonizado una sucesión empresarial por parte de ALCOA en los términos del artículo 44 ET, ni existe una cesión ilegal de trabajadores, - alegaciones introducidas en la litis por MONTRASA-, ni existe obligación convencional de subrogar al demandante por parte de ALCOA. El recurso contiene una revisión fáctica dividida en cuatro apartados y una censura jurídica dividida a su vez en tres.

La empresa principal, ALCOA, ha impugnado el recurso del trabajador, vertiendo las alegaciones que obran en las actuaciones, afirmando con carácter previo la inexistencia de legitimación por parte del actor para recurrir en suplicación la sentencia y la introducción de cuestiones nuevas en el recurso.

MONTRASA ha efectuado alegaciones a la vista el escrito de impugnación de ALCOA, defendiendo la legitimación para recurrir del demandante, y solicitando la resolución por parte de este Tribunal del recurso de suplicación. En realidad está coadyuvando con el recurrente sin haber recurrido la sentencia de instancia, lo que constituye una inadmisibles extralimitación del objeto de la impugnación de recurso contemplado en el artículo 197 LRJS. Como afirma el TS en su sentencia de nueve de febrero de 2016, r.u.d. 2227/2014, con cita



de otras sentencia anteriores: c) *En el escrito de impugnación únicamente procede interesar la inadmisibilidad del recurso de suplicación o la confirmación de la sentencia recurrida, no procede solicitar la nulidad de la misma, ni su revocación total o parcial.* d) *la naturaleza del escrito de impugnación no es similar a la del recurso de suplicación, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso de suplicación* .

## SEGUNDO.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

Sostiene la empresa impugnante, -ALCOA-, que el trabajador demandante carece de legitimación para recurrir ex artículo 17.5 LRJS , puesto que ha visto estimada plenamente la pretensión principal de su demanda, al haber sido declarado nulo su despido, con la condena a la readmisión por parte de la empresa MONTRASA, que ni siquiera ha recurrido la sentencia. Se rechaza por el Tribunal la pretensión de inadmisión del recurso, por los motivos siguientes:

A.- Hay que tener presente que el acceso al recurso contemplado en la Ley forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE , y dicho derecho del demandante ha de ser respetado.

El *Tribunal Constitucional (sentencia 163/1999, de 27 de septiembre )* ha venido diciendo que la efectividad del derecho reconocido en el *artículo 24.1 de la Constitución Española* , incluso en su vertiente de acceso a los recursos, exige que las normas que contienen los requisitos procesales sean aplicadas en función del fin que según la Ley vienen a procurar, resultando lesivas las interpretaciones irrazonables, arbitrarias o incurvas en error patente que invaliden el derecho del justiciable, lo que incluye la resistencia injustificada, infundada o artificiosa a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto ( *SSTC 76/1997 , 93/1997 , 192/1998 , 235/1998 , 236/1998 y 23/1999* , entre otras muchas). Sigue afirmando el Tribunal Constitucional: *"Como sostuvimos en la STC 18/1993 : 'el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar 'a limine' el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, que debiera ser analizada para su estimación o desestimación por motivos materiales'. Y, conforme a lo afirmado en la STC 135/1998 , 'el derecho al recurso, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTC 3/1983 , 69/1987 , 27/1994 y 172/1995 ) . Y, por tanto puede resultar menoscabado si se impide el acceso a las instancias supraordenadas arbitrariamente o con fundamento en un error material ( STC 37/1995 , fundamento jurídico 2º)'. Por otra parte ha de tenerse en cuenta que, según continúa precisando la misma STC 135/1998 , 'como se dijo en la STC 18/1993 , desde la perspectiva constitucional, en último extremo, lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido' y que, desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que, cuando éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión del recurrente y de la argumentación que la sustenta la decisión de desestimar el recurso 'puede vulnerar el art. 24.1 C.E . al estar basada en un error material o ser arbitraria ( SSTC 55/1993 y 37/1995 ) , por cuanto prescinde de los datos aportados en dicho escrito"*. En materia de proceso laboral, dice también el Tribunal Constitucional que la Ley de Procedimiento Laboral (hoy Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), al objeto de una reconsideración de la calificación jurídica de la pretensión, exige que en el escrito de interposición se expresen con suficiente precisión y claridad las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se reputen infringidas, razonándose la pertinencia y fundamentación de los motivos. Desde esa premisa no es de recibo rechazar la pretensión si, vistas las circunstancias del caso y los actos de parte en el *iter* procesal, se trasluce sin esfuerzo o empeño especial cuál era el objeto de la suplicación y cuál el precepto de referencia para apreciar si en el caso se había producido o no una infracción de normas sustantivas.

En nuestro caso no concurre ninguna circunstancia que impide el acceso al recurso de suplección por parte del trabajador demandante.

B.- El trabajador no ha visto plenamente satisfechas sus pretensiones en la instancia, puesto que solicitó la condena de las dos empresas y la empresa ALCOA resultó absuelta. Por tanto, está legitimado para recurrir la sentencia, a tenor de lo previsto en el artículo 17.5 LRJS .

Hay que tener presente que la legitimación para recurrir se ha ido ampliando paulatinamente por el legislador, y que actualmente se admite incluso en casos de entidades absueltas por falta de legitimación pasiva para tratar de impedir el efecto de cosa juzgada en pleitos ulteriores.

Como afirma el TS, en su sentencia de fecha siete de julio de 2015, recurso: 193/2014 , ponente María Luisa Segoviano:

*La regla general es que únicamente están legitimados para recurrir las partes que resulten afectadas desfavorablemente por la resolución recurrida, tal y como establece el artículo 17.5 LRJS . Dicha afectación desfavorable puede producirse porque haya visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones,*



por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

En nuestro caso, es evidente que la absolución de ALCOA confiere legitimación para recurrir al trabajador y solicitar su condena.

C.- Tampoco es posible rechazar el recurso por la pretendida inclusión de " *cuestiones nuevas*" por parte del recurrente. La empresa ALCOA, en su escrito de impugnación, no cumple con los requisitos que establece el artículo 197.1 LRJS para introducir motivos de inadmisión del recurso, que se remite a los establecidos en el artículo 196 LRJS. ALCOA no identifica ninguna norma como infringida, por lo que su pretensión de inadmisión debe ser rechazada al no ajustarse a lo previsto en el artículo 197.1 LRJS.

### **TERCERO.- REVISION DE HECHOS PROBADOS.**

En el primer motivo del recurso del trabajador, y con amparo en el artículo 193 b) LRJS, se pretende por el recurrente la modificación de los hechos probados de la sentencia.

Hay que tener presente que la revisión de hechos probados está constreñida en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Dicho carácter supone que el recurso de suplicación no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma conforme a los principios de oralidad e inmediatez, - artículo 74 LRJS -. Por consiguiente, la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial, - en ningún caso testifical-, se constata un error claro y evidente del juzgador.

Conviene además recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo ( *SSTS de 16- septiembre-2014, rec. 251/2013*, 14- mayo-2013, rec. 285/2011 y 5-junio-2011, rec. 158/2010, entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:

- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, *SSTS 17/01/11 -rco 75/10*; *18/01/11 -rco 98/09*; y *20/01/11 -rco 93/10* ).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, *SSTS 22/05/06 - rec. 79/05*; y *20/06/06 - rec. 189/04* ).

En el caso que nos ocupa resulta admisible únicamente de forma parcial la revisión de hechos probados interesada por el trabajador recurrente, por los razonamientos siguientes:

1º.- El recurrente pretende ampliar el hecho probado segundo, para introducir que: " *la ejecución se hacía fundamentalmente con aportación de mano de obra, valiéndose MONTRASA, como contratista, de las instalaciones de ALCOA en San Balandrán, Avilés, bajo la dirección del personal de esta última*".

Se trata de una afirmación novedosa que no aparece en la demanda. La ampliación fáctica no puede aceptarse, puesto que incluye una " *valoración*" de la importancia de la mano de obra en la ejecución de la contrata, sin tomar en consideración lo probado por la Jueza a quo. El recurrente no aporta los datos que le llevan a concluir que la mano de obra era "fundamental" en la contrata. Se trata de una conclusión apriorística e infundada, que no tiene presente la maquinaria adquirida que es precisa para la ejecución de la contrata, - HP cuarto-.

Además el HP cuarto recoge que los trabajadores de MONTRASA prestaban sus servicios en las instalaciones de ALCOA, por lo que la adición propuesta resulta redundante.

Tampoco es admisible incluir el hecho de que los trabajadores prestaban servicios bajo la dirección del personal de ALCOA. La parte recurrente realiza una mera cita de documentos genéricos de los que no resulta



posible colegir la modificación fáctica que propugna. Por otro lado, el FD cuarto de la sentencia, en su párrafo cuarto, asevera con valor fáctico que no se ha acreditado que los trabajadores se encontraran bajo el círculo organizativo de ALCOA, y que obran en autos diversas instrucciones de MONTRASA sobre la manera en que se debe ejecutar el trabajo. Estas afirmaciones no son atacadas por la parte recurrente, ni se ven frontalmente desvirtuadas por los documentos genéricos que se invocan en el recurso,- contrato entre las empresas y certificados de compra de maquinaria-. Incluso se aprecia en la documental que el coordinador responsable era compartido entre ambas empresas. No se aprecia pues error manifiesto alguno por parte de la Magistrada de instancia que justifique la ampliación fáctica solicitada.

2º- Tampoco es admisible ampliar el hecho probado cuarto para introducir los motivos por los que ALCOA no logró nuevos adjudicatarios de la contrata. La causa del rechazo no aparece documentada, por lo que únicamente se admite por el Tribunal introducir el hecho de que " *TXF realizó una propuesta para la contrata*". Además, la juzgadora de instancia formó su convicción con base en la prueba testifical, y no es posible en suplicación revisar la prueba testifical, - artículo 193 b) LRJS -.

Se admite incluir como probado que ALCOA ha minorado su plantilla por bajas incentivadas, jubilación o invalidez, puesto que este hecho ya se afirma con valor fáctico en la fundamentación jurídica, a la vista de los TC1 de la empresa.

El recurrente pretende además que el HP cuarto afirme que ALCOA sigue realizando "la mayoría" de las tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA en sus instalaciones, y no sólo "algunas", como manifiesta la Magistrado de instancia. No es posible acceder a esta modificación. La sentencia de conflicto colectivo que se invoca por el recurrente, - folio 344 reverso de las actuaciones-, habla en su HP cuarto de que se continúan realizando tareas que realizaban los trabajadores de MONTRASA, pero no se afirma que sean la mayoría. El documento invocado no sustenta por tanto la modificación fáctica solicitada. Por otro lado, las testificales propuestas no son aptas para sustentar la revisión de hechos probados, a tenor de lo previsto en el artículo 193 b) LRJS .

3º.- Se interesa por el recurrente la ampliación del HP quinto, para añadir un párrafo final que exprese lo siguiente: " *Dichos acuerdos se encuentran vigentes en la actualidad y por parte de ALCOA INESPAL se indica que se dan por enterados en este acto del contenido del Acuerdo citado, no teniendo nada que manifestar sobre el mismo, y exponen su voluntad de que, cuando convoque la Dirección General de Industria, participará en las reuniones convocadas, explicando las situaciones producidas, aportando ideas y sugerencias, y colaborando en el seguimiento del Acuerdo aquí mencionado, para abordar aquellas cuestiones que puedan suscitarse en relación al cumplimiento del citado Acuerdo*".

La ampliación fáctica se rechaza por estéril de cara a la modificación del fallo. Ninguna de las partes discutió, - ni tampoco la juzgadora-, que los denominados " *Acuerdos de Oviedo* " recogidos en el HP quinto se encuentran vigentes. El acta de la reunión no expresa al ámbito temporal y además desde el acuerdo del año 2002 hay cláusula de prórroga.

La cuestión es que el contenido de dichos acuerdos no impone a la empresa principal, -la cual no fue firmante del acuerdo-, una obligación de subrogación del personal de las empresas auxiliares. Tal es la conclusión que alcanza la juzgada de instancia, y ya adelantamos que resulta ajustada a derecho.

El texto propuesto por el trabajador recurrente no permite alterar en nada el pronunciamiento judicial, por lo que debe ser rechazado. Se menciona la obligación de ALCOA de participar en las reuniones, aportar ideas y sugerencias, y colaborar en el seguimiento del acuerdo, pero no se incluye ninguna obligación de subrogación por su parte.

4º.- Por último, solicita la parte recurrente la introducción de un nuevo HP séptimo, con el tenor literal que figura en la página seis de su escrito de recurso, y que por su extensión se tiene por reproducido.

Se trata, básicamente, de la inclusión del contenido de una cláusula indemnizatoria introducida en el contrato celebrado entre MONTRASA y ALCOA, que impone la obligación del abono de una penalización por parte de esta última para el caso de resolución del contrato por su parte durante los tres años de su vigencia. Esta cláusula final figura al folio 104 de las actuaciones, y fija como penalización a favor de la contratista y a cargo del cliente una cantidad equivalente al importe de las indemnizaciones por despido que la contratista se viera obligada a satisfacer a sus trabajadores.

La introducción de esta cláusula de penalización como nuevo hecho probado no permite afirmar la obligación de ALCOA de responder del despido nulo acordado por MONTRASA, por lo que debe sin más ser rechazada. Ni siquiera MONTRASA tiene que abonar una indemnización por despido al demandante, sino que la obligación que le ha sido impuesta judicialmente es de readmisión del trabajador. Además, se trata de una cláusula de penalización para el caso de resolución del contrato a instancias de ALCOA, - por cese definitivo de sus



operaciones-, y se ha declarado probado en el HP segundo que el contrato fue resuelto por la contratista MONTRASA mediante comunicación de cinco de febrero de 2.016, por lo que la cláusula propuesta no resulta de aplicación. El propio escrito de recurso afirma categóricamente en su página 15ª que nos encontramos ante una "decisión unilateral de MONTRASA", lo que anula cualquier incidencia de la cláusula contractual que se pretender introducir en el relato fáctico. A mayor abundamiento, la ampliación fáctica propuesta no va acompañada de una censura jurídica concreta, por lo que huelga su introducción en el relato de hechos.

Lo único que admite el Tribunal es introducir como nuevo hecho probado que "ALCOA pagó el 50% de unas indemnizaciones por despido de dos trabajadores pertenecientes a JOFRASA . Motivado según el propio acuerdo por una causa distinta de la firmada en el recurso. Los presuntos pagos a trabajadores por nómina de junio de 2012, extra de verano de 2012 y parte proporcional de vacaciones, se admiten por la propia ALCOA, si bien matiza que se hizo por una cesión de créditos ante notario por parte de la anterior adjudicataria para destinarlo al pago de los salarios adeudados por ésta, hecho que está documentado.

#### CUARTO.- CENSURA JURIDICA.

En el segundo motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS , se denuncia por el trabajador recurrente infracción del artículo 44 ET y de la jurisprudencia que lo interpreta, del artículo 43.2 ET , del artículo 58 del Convenio colectivo de Montajes y empresas auxiliares del Principado de Asturias, de la norma 5 de la Orden de 23 de abril de 1976, por la que se aprobaron las normas complementarias de la Ordenanza laboral siderometalúrgica de 29 de julio de 1970 y de los Acuerdos de 10 de julio de 2002 suscritos entre las empresas auxiliares, los sindicatos y ALCOA.

El escrito de recurso se articula en los tres motivos siguientes: 1) que existe sucesión de empresas, puesto que ALCOA está realizando la mayor parte de las tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA, ya que en caso contrario se paralizaría la producción; 2) que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores, puesto que MONTRASA prácticamente se limita a poner el personal a disposición de la empresa principal, - ALCOA-; 3) y que ALCOA ha incumplido la obligación de subrogación del personal que asumió en los llamados "Acuerdos de Oviedo" de 10 de julio de 2002, y que también le impone el artículo 58 del Convenio colectivo de Montajes y empresas auxiliares del Principado, que se remite a la Norma 5ª de la Orden de 22 de abril de 1976. Asegura el recurrente que para que la sentencia se cumpla en sus propios términos no existe otra posibilidad que reincorporar al trabajador a las instalaciones de ALCOA, incluyendo en la condena a esta última empresa.

#### QUINTO.- RAZONAMIENTO Y DECISION DEL TRIBUNAL.

Partiendo del inalterado relato de hechos probados, los motivos de censura jurídica han de ser desestimados por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- La sentencia no ha sido recurrida por MONTRASA, cuyo despido se ha declarado nulo en la instancia. Pretende el trabajador recurrente que el pronunciamiento de nulidad del despido también sea compartido por ALCOA, que ha resultado absuelta en la sentencia. La litis se construye a determinar si por la vía de la sucesión empresarial que se postula en el recurso, o por la vía de la cesión ilegal de trabajadores, el actor tiene derecho a ser readmitido e incorporado a la plantilla de ALCOA.

La Magistrada de instancia afirma que no ha existido una cesión ilegal de trabajadores entre ambas empresas; ni es posible sustentar la obligación de sucesión por parte de la empresa principal con base en los llamados " acuerdos de Oviedo "; ni con apoyo en el artículo 58 del Convenio colectivo de Montajes y empresas auxiliares, que no es de aplicación a ALCOA; ni en el artículo 42 ET ni por las vicisitudes habidas entre ambas empresas.

B.- En primer lugar, respecto de la **sucesión de empresas** , - artículo 44.1 ET -.

Exponemos a continuación el fenómeno de sucesión de empresas y su configuración tanto por el derecho comunitario como por nuestra jurisprudencia.

Como asevera el TS, en su sentencia de fecha 23 de octubre de 2009 , ponente don Mariano San Pedro: *la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44 .*

*La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida*



por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 - y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En palabras del TS en la sentencia antedicha:

*El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95 EDJ 1997/18615 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 EDJ 2003/127448 y de 15 de diciembre de 2005, Guneş-Gorres, C.232/04 y 233/04 EDJ 2005/206385 ). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada ( sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94 ), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).*

*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91 EDJ 1992/13896 , y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01 EDJ 2003/127448 , señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que " la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 " .*

En nuestro caso, no es posible afirmar que se ha producido la transmisión de una unidad económica organizada de MONTRASA a la empresa principal, - ALCOA-. En el inalterado relato de hechos probados no existe constancia fáctica que permita hablar de un fenómeno de sucesión de empresas.

Tras la resolución del contrato unilateralmente por parte de la contratista MONTRASA, la empresa principal, - ALCOA-, ofertó nuevamente el contrato de obra civil, sin lograr adjudicatarios, - HP cuarto-. Por ello, ALCOA continúa realizando alguna de las tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA en sus instalaciones, y para ello ha alquilado diversa maquinaria, - HP cuarto-. Estos hechos no constituyen una sucesión empresarial en los términos que contempla el artículo 44 ET y la normativa comunitaria.

Tal y como se asevera por la Magistrada de instancia, no consta la transmisión de elementos personales ni materiales por parte de MONTRASA a ALCOA, por lo que no existe la transmisión de una unidad empresarial en funcionamiento. Como se ha declarado probado, los medios materiales han sido alquilados por ALCOA, para poder así continuar con el desarrollo de su actividad, habida cuenta la inexistencia de nuevos adjudicatarios de la contrata extinguida por MONTRASA. Este hecho no supone una sucesión empresarial en la que se deben garantizar los derechos de los trabajadores afectados en los términos que contempla la Directiva 2001/23. Se trata tan sólo del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de nuestra Constitución .

No se ha producido la sucesión de plantillas que podría sustentar el fenómeno sucesorio. El HP cuarto afirma categóricamente que ALCOA no ha contratado más personal.

La jurisprudencia comunitaria ha examinado la cuestión atinente a la denominada " sucesión de plantillas", como elemento relevante a tener en cuenta para determinar si existe o no sucesión de empresa, entre otras, en las siguientes sentencias:

*En la sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95, Süzen EDJ 1997/18615 , tras señalar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las que figuran el tipo de empresa, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas... dispone " En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente*





a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable". La sentencia concluye que el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva no es aplicable al supuesto en que una empresa, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve dicha contrata y celebra una nueva con un segundo empresario si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material e inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

Al no existir transmisión de plantilla de MONTRASA a ALCOA, y al continuar esta última la actividad con su propio personal, debemos rechazar el fenómeno sucesorio entre empresas, tal y como ha concluido la sentencia de instancia.

La reciente sentencia del TS de fecha 9 de diciembre de 2016, Rec. 1674/2015, contiene doctrina acerca de la sucesión de empresas en la que se insiste en la sucesión de plantillas como elemento claro indicativo de la sucesión. Dicha sentencia versa sobre la aplicabilidad del artículo 44 del ET cuando opera la reversión a una Administración Pública de un servicio al finalizar una adjudicación en el caso de que la Administración que fuera anteriormente la principal en la contrata no ha asumido a ninguno de los trabajadores de la adjudicataria saliente ni ha recibido de ésta elementos patrimoniales necesarios para la explotación, por pertenecer los mismos a la Administración que pasa a gestionar el servicio de comedor. La sentencia recurrida en casación absolvió a la Administración Pública de las pretensiones deducidas en su contra, parecer confirmado por la Sala IV, razonando que no estamos en presencia de una sucesión empresarial establecida como obligada por un Convenio Colectivo, tampoco del art. 44 ET ni de la Directiva 2001/23/CEE, desde el momento en que no afectó la transmisión a una entidad económica que mantenga identidad, ni se produjo una sucesión de plantilla en los términos acuñados por la jurisprudencia del TJUE a la hora de interpretar la referida Directiva, STJUE 20/1/2011 [asunto CLECE, C-463/09]. Por lo tanto, al tratarse de una Administración Pública que pone fin a la adjudicación y asume directamente el servicio con sus medios materiales y sin hacerse cargo de trabajador alguno de la adjudicataria, es la empresa saliente la que asume las consecuencias de un despido improcedente.

En nuestro caso, una vez extinguida la contrata, la empresa principal desarrolla por sí misma la actividad, con sus propios medios personales y materiales, por lo que resulta aplicable el criterio jurisprudencial anteriormente expuesto, que rechaza la existencia de una sucesión empresarial.

### C.- En cuanto a la cesión ilegal de trabajadores.

Dispone el artículo 43 ET :

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.
2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.
3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.
4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Como ha señalado la jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2.006 (Rec. 66/2005) EDJ 2006/37440, con cita de la de 14 de septiembre de 2001 EDJ 2001/70649, "lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.



Y Como afirma la reciente STS 26/10/2016, rcud. 2913/2014 , que resume la doctrina que esa Sala ha elaborado sobre la cesión ilegal de trabajadores , " ... ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señalaba ya que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. (/) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores " ( STS 11/7/2012, R. 1591/11 )".

En el caso que nos ocupa, no nos hallamos ante un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores proscrito por el artículo 43.2 ET . Como acertadamente razona la sentencia de instancia, no existe ningún elemento fáctico que permita colegir que MONTRASA se ha limitado a poner mano de obra a disposición de ALCOA. Bien al contrario, el FD cuarto de la sentencia, en su parágrafo cuarto, asevera con valor fáctico que no se ha acreditado que los trabajadores se encontraran bajo el círculo organizativo de ALCOA, y que obran en autos diversas instrucciones de MONTRASA sobre la manera en que se debe ejecutar el trabajo. El recurso no ha propuesto la introducción de ningún hecho en sentido contrario, por lo que el motivo esgrimido está abocado a la desestimación.

No se ha acreditado que MONTRASA no haya puesto en práctica su poder de organización empresarial, ni que se haya desentendido de los trabajadores pasando ALCOA a ocupar su posición como empleadora. En resumen, nada se ha acreditado acerca de la pretendida cesión ilegal del trabajador demandante.

D.- Por lo que respecta a la **subrogación convencional** , esgrimida por la vía de los "Acuerdos de Oviedo" de 10 de julio de 2002, y por el artículo 58 del Convenio colectivo de Montajes y empresas auxiliares del Principado, que se remite a la Norma 5ª de la Orden de 22 de abril de 1976.

Comenzando por los denominados "Acuerdos de Oviedo" de julio de 2.002. Tal y como afirma la sentencia recurrida, en ellos se establece una obligación de subrogación para las empresas auxiliares, pero en ningún momento se impone esta misma obligación a la empresa principal, - ALCOA-. Los Acuerdos fueron suscritos entre las empresas auxiliares, entre ellas MONTRASA, y los representantes de los trabajadores, en presencia de los representantes de ALCOA y del Director General de Industria, y se encuentran plasmados en el HP quinto de la sentencia.

A la hora de interpretar este acuerdo, como cualquier convenio en general, hay que tener presente, como afirma la Sala cuarta del TS en sentencia de fecha 23 de mayo de 2006, rec. 8/2005 , que:



*El carácter mixto de los convenios -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que haya de atenderse tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (sentencias de 13/06/00 -rec. 3839/99 -; 16/10/01 -rec. 33/01 -; 10/06/03 -rec. 76/02 -).*

La doctrina, en interpretación de las cláusulas de los contratos, y el Convenio lo es, tiene establecido que: no cabe duda de que nuestro Código Civil en sus artículos 1, 281 a 1.289, a semejanza del Código Civil francés, sigue la teoría subjetiva estableciendo una serie de reglas muy precisas con las que intenta agotar todos los problemas que suscita la interpretación de los contratos. Así establece que:

- a) Cuando los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas (artículo 1281 párrafo 1°).

- b) Cuando los términos son impropios: 1° si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquéllas (artículo 1281 párrafo 2°); 2° para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente; a los actos coetáneos y posteriores al contrato (artículo 1282); 3° cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar (artículo 1283).

- c) Enunciaciones incompletas. En estos casos debe suplirse por el uso o costumbre del país la omisión de las cláusulas que ordinariamente suelen establecerse (artículo 1287).

- d) Cláusulas dudosas: 1° las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1285); 2° las cláusulas o palabras que admitan diversos sentidos deberán entenderse en el más conforme a la naturaleza y objeto del contrato (artículo 1286) y en el más adecuado para que produzca efectos (artículo 1284); 3° el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos (artículo 1287).

e) Cuando resulte imposible fijar la intención de las partes valiéndose de las reglas anteriores se ha de acudir a las establecidas en los artículos 1288 y 1289 en las que late la idea de la equidad contractual: 1° la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad; 2° cuando fuere absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas anteriores si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito se resolverá a favor de la menor transmisión de derechos e intereses y si el contrato fuere oneroso la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses; si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato de suerte que no pueda venirse e conocimiento de cual fue la intención de los contratantes el contrato será nulo.

Teniendo presentes estos criterios hermenéuticos, ha de llegarse a la convicción jurídica de que el acuerdo impone una obligación de subrogación de los trabajadores a las nuevas empresas adjudicatarias de la contrata, pero no a la empresa principal. Tal es el tenor literal del precepto y a él ha de estarse, por ser claro y diáfano, ex artículo 1.281 párrafo primero del Código Civil. ALCOA, según recoge el propio HP quinto, afirma que "se da por enterada del contenido del acuerdo, no teniendo nada que manifestar sobre el mismo", lo que evidencia que ninguna obligación le impone.

El "Acuerdo de Oviedo" no puede tener el alcance obligacional que la parte recurrente pretende, pues ello excede de lo que los interesados se propusieron convenir, tal y como establece el artículo 1283 del Código Civil.

Por lo que respecta al artículo 58 del Convenio colectivo de Montajes y empresas auxiliares del Principado, que se remite a la Norma 5ª de la Orden de 22 de abril de 1976. Como se afirma en la sentencia recurrida, dicho convenio no es de aplicación a la empresa ALCOA. Dicho convenio, - BOP de Asturias de 26 de septiembre de 2016-, en su artículo 1º, dispone:

*Ámbito territorial, funcional y personal.*

*El presente Convenio Colectivo, de ámbito autonómico, para la Comunidad del Principado de Asturias, se suscribe de parte de la representación empresarial, por la Federación de Empresarios del Metal y Afines del Principado de Asturias (FEMETAL) y por parte de la representación social, por los sindicatos CC.OO., UGT y USO, y será de aplicación a aquellas empresas del metal que, como todo o parte de sus actividades de producción o servicios, y en condición de empresas Auxiliares o de Montajes -a las que se refiere la O. de 22 de abril de 1976-, y al servicio de una empresa principal, en calidad y condición de empresas contratadas o subcontratadas, realicen en el ámbito de las instalaciones industriales de la misma, cualquiera de las actuaciones que a continuación se relacionen: Trabajos de Montaje, reparación, conservación, mantenimiento, modernización y/o puesta en*



*funcionamiento de equipos e instalaciones industriales, y siempre que estos trabajos no sean llevados a cabo por los trabajadores de la empresa principal.*

Resulta evidente que este convenio colectivo no afecta a ALCOA, habida cuenta su condición de empresa principal.

Además, el artículo 58 del Convenio colectivo de Montajes y empresas auxiliares del Principado se remite a la Norma 5ª de la Orden de 22 de abril de 1.976, pero esta norma ya está derogada, y su vigencia únicamente puede entenderse en virtud de la remisión del convenio colectivo antedicho, que no resulta de aplicación a ALCOA. A mayor abundamiento, la norma en cuestión no impone una obligación de subrogación del personal a la empresa principal. La norma establece:

*5.2. Si a la terminación del cometido de una Empresa auxiliar asumiese la realización de la actividad que viniese realizando la Empresa principal los trabajadores de la Empresa auxiliar tendrán preferencia absoluta para obtener empleo en la principal si ésta hubiese de admitir nuevo personal.*

Se trata de una preferencia o prioridad absoluta en caso de contratación de nuevo personal por parte de la empresa principal, no de una obligación de subrogación automática del personal de la empresa auxiliar. Así lo ha apreciado perfectamente la sentencia recurrida.

En conclusión, tampoco existe ninguna obligación convencional por parte de ALCOA de subrogar al trabajador demandante. No debemos olvidar que *las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*, - artículo 1.089 del Código Civil -. Y en nuestro caso, no existe ninguna obligación, - ni legal ni convencional-, por parte de ALCOA, de incorporar a su plantilla al trabajador despedido de forma nula por MONTRASA.

Por último, para agotar el debate planteado, debemos decir que los problemas que el trabajador recurrente atisba en orden a su readmisión por parte de MONTRASA habrán de ser objeto de planteamiento y resolución en la ejecución de la sentencia de instancia, pero no permiten extender el pronunciamiento de condena a la empresa principal.

Debemos, por todo lo expuesto, desestimar el recurso del trabajador y confirmar la sentencia recurrida, que ha aplicado correctamente el artículo 44 ET y la jurisprudencia que lo interpreta, sin imposición de costas, - artículo 235 LRJS -.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación de don Rodolfo y CONFIRMAMOS la sentencia de fecha 31 de marzo de 2.017 dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Avilés; sin imposición de costas.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.



De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ