



Roj: **STSJ AS 2701/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:2701**

Id Cendoj: **33044340012017101956**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2017**

Nº de Recurso: **1746/2017**

Nº de Resolución: **1961/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01961/2017

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 0000515

Equipo/usuario: GFM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001746 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000250 /2016

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECURRENTE/S D/ña Modesto

ABOGADO/A: ANTONIO FERNANDEZ URRUTIA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MONTRASA MAESA ASTURIAS SL, ALCOA INESPAL AVILES SLU

ABOGADO/A: MARIA MONTOTO GARCIA, ARMANDO DÍAZ GARCÍA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA Nº 1961/17

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

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001746/2017, formalizado por el Letrado D. ANTONIO FERNANDEZ URRUTIA, en nombre y representación de Modesto , contra la sentencia número 138/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILES en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000250/2016, seguidos a instancia de Modesto frente a las empresas MONTRASA MAESA ASTURIAS SL y ALCOA INESPAL AVILES SLU, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra **D^a CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Modesto presentó demanda contra las empresas MONTRASA MAESA ASTURIAS SL y ALCOA INESPAL AVILES SLU, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 138/2017, 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:

1º) D. Modesto ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dirección de MONTRASA MAESA ASTURIAS SL en la "Obra Civil y Servicios de Apoyo a Fundición y Servicios de Electrolisis" que se desarrollaba en las instalaciones de ALCOA INESPAL AVILES SLU sitas en San Balandrán, con antigüedad de 15-2-1990, categoría profesional de oficial de 2ª, con un salario bruto diario de 9217 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. D. Modesto no es representante de los trabajadores (incontrovertido).

2º) 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 87-191 y 225-226).

3º) La misiva de fecha 23-3-2016 comunicada por MONTRASA a D. D. Modesto tiene el siguiente contenido (folio 85):

"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".

4º) 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 328-340).

En ALCOA INESPAL AVILES SLU se continúan realizando algunas tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA en sus instalaciones (sentencia de conflicto colectivo, folios 315-319; testifical Sr. Juan Enrique). Para ello, ha alquilado diversa maquinaria (folios 340-350). No consta que haya contratado más personal (folios 347-348 del procedimiento 327/16 seguido antes este mismo Juzgado).

5º) 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 SA 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 63-73).

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 75-76).

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 77-78).

6º) 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. D. Modesto en su petición principal, declaro la nulidad de la extinción contractual de 5-4-2016, condenado a MONTRASA MAESSA ASTURIAS SL a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, con la libre absolució de ALCOA INESPAL AVILES SLU".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Modesto 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: El actor prestaba servicios en la contrata "Obra Civil y Servicios de Apoyo a Fundición y Servicios de Electrolisis" que desde hace bastantes años adjudica la empresa ALCOA INESPAL AVILES SLU (en adelante ALCOA) a sucesivas empresas. La ultima, MONTRASA MAESSA ASTURIAS SL (en adelante MONTRASA), que había asumido la obra desde el 13 de abril de 2015, subrogándose en los contratos de 34 trabajadores procedentes de la empresa JOFRASA, anterior adjudicataria, resolvió unilateralmente la relación con ALCOA y extinguió los contratos de trabajo del personal destinado en la contrata con efectos de 5 de abril de 2016.

Al igual que los demás compañeros, el actor impugnó el despido para que se declarara su nulidad o, subsidiariamente, improcedencia. La demanda contra MONTRASA y ALCOA fue parcialmente estimada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, que declaró la nulidad de la decisión extintiva acordada por MONTRASA, a quien condenó a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia absolvió a la codemandada ALCOA.

El actor recurre este pronunciamiento absolutorio, al entender que ambas empresas son responsables del despido y de su nulidad. El recurso presenta notables diferencias con la demanda, consecuencia del juicio oral y de la sentencia.



En la demanda, los hechos descritos ponen el acento en dos causas de oposición al despido. En primer lugar, el derecho del trabajador a continuar ligado a la contrata por la garantía de subrogación dispuesta en dos instrumentos distintos: el Acuerdo suscrito en Oviedo el 10 de julio de 2002 entre los representantes de las empresas auxiliares de ALCOA, los sindicatos y la propia ALCOA; y la norma 5 de la Orden de 22 de abril de 1976, por la que se aprueban las normas complementarias de la Ordenanza Laboral de 29 de julio de 1970 para empresas de montajes y auxiliares, a la que remite el Art. 58 del Convenio Colectivo de sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias.

En segundo lugar, la demanda destaca que se ha producido una extinción simultánea de todos los contratos de trabajo sin haber seguido MONTRASA los preceptivos trámites del despido colectivo, exigidos en el Art. 51 del ET .

La demanda también aludía, con menos énfasis, a una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al ser los despidos una represalia por previas reclamaciones judiciales y extrajudiciales presentadas por los trabajadores.

En el juicio oral, ALCOA alegó su falta de legitimación pasiva y la falta de acción del actor, excepciones estimadas en la sentencia. Por el contrario, MONTRASA defendió que ALCOA era la responsable de la extinción de la relación laboral y alegó la existencia de cesión ilegal, sucesión de empresas y de mala fe en la actuación de la empresa principal, cuestiones que introdujo en el proceso.

La sentencia realiza un examen de todas ellas, tras advertir que en la demanda "no se establecen las pautas que llevarían a la declaración de responsabilidad específica de ALCOA, ni siquiera cuando en el hecho 3º se invoca la garantía de subrogación prevista en los llamados Acuerdos de Oviedo puesto que no se indica que con base en la misma deba responder ALCOA". La juzgadora de instancia descarta la existencia de cesión ilegal, sucesión de empresas y de mala fe en la empresa principal, así como que los Acuerdos de Oviedo, el Convenio Colectivo o el Art. 42 del Estatuto de los Trabajadores obliguen a ALCOA a subrogarse en los contratos de trabajo de los miembros de la contrata. La sentencia rechaza asimismo una represalia empresarial como causa de la decisión adoptada por MONTRASA, pero si considera que esta empresa debió acomodar su actuación a los trámites del despido colectivo y es su palmario incumplimiento el que determina la nulidad del despido y la exclusiva responsabilidad de la referida demandada.

En el recurso del actor se pide la responsabilidad de ALCOA con un triple fundamento: hubo una cesión ilegal de trabajadores a su favor, una sucesión de empresas, o se dieron las condiciones para que deba subrogarse en los contratos de trabajo conforme a lo dispuesto en los Acuerdos de Oviedo o en el Convenio Colectivo.

Las posturas de las demandadas frente al recurso son opuestas. ALCOA lo impugna, a diferencia de MONTRASA que interviene exclusivamente para criticar el escrito presentado por la empresa principal y reforzar la argumentación del actor.

SEGUNDO.- La impugnación de ALCOA al recurso se inicia con dos alegaciones previas, la primera dedicada a sostener la falta de legitimación y de acción del actor para recurrir en suplicación, con base en que la sentencia estimó la pretensión principal y es totalmente favorable a los intereses del trabajador expresados en la demanda, por lo que la interposición del recurso vulnera los Arts. 17.5 de la LJS y 448.1 de la LEC , y la doctrina de Tribunal Supremo, Sala de lo Social, expresada en la sentencia de 21 de febrero de 2000 (Rec. 1.872/1999).

La alegación cumple los requisitos formales para su examen, establecidos en el Art. 197.1 de la LJS, pues identifica la cuestión objeto de crítica, señala las normas y jurisprudencia cuya infracción se alega, y expone los argumentos de la crítica así como las consecuencias que deben aplicarse.

Carece sin embargo de soporte material. Aunque la propia sentencia del Juzgado, como indicó antes, aprecia que la llamada al proceso de ALCOA no está explicada en la demanda, el hecho en sí de la llamada y la inclusión de ambas empresas en la suplica, si bien con fórmula mejorable, ponen de manifiesto que el interés del actor al plantear su reclamación y el objeto de la demanda era conseguir la condena de las dos demandadas. El hecho tercero de la demanda refiere circunstancias que según el trabajador sirven de sustento al derecho de subrogación cuya efectividad reclama y entre esos elementos las referencias a ALCOA tienen un protagonismo que aun cuando no se haya expresado con la claridad aconsejable permiten comprender, siendo las dos empresas traídas a juicio con el mismo estatus y con petición de condena para "las empresas demandadas", que el interés del trabajador no se satisface en su integridad con la condena de la empresa auxiliar y la absolución del empresario principal. La sentencia al absolver a ALCOA desestima una pretensión del actor y en esta medida le es desfavorable, por lo que tiene legitimación para recurrir conforme a lo establecido en el Art. 17.5 de la LJS y en la jurisprudencia citada.



La segunda alegación previa de ALCOA guarda relación con un aspecto del proceso ya comentado, pues recalca que "en el presente recurso se está pretendiendo hacer un nuevo juicio con cuestiones que ni siquiera fueron indicadas en la demanda" y se introducen cuestiones nuevas.

La recurrida, sin embargo, no profundiza en el examen del tema y ni siquiera identifica normas o jurisprudencia que doten de fundamento a su alegación, esto es, no cumple los requisitos de forma que debería atender si interviniera como recurrente, lo que priva a sus manifestaciones de eficacia al desatender el mandato del Art. 197.1 de la LJS: formular motivos de inadmisibilidad del recurso con análogos requisitos a los indicados en el Art. 196 de la LJS para el escrito de interposición del recurso.

TERCERO.- El recurso comienza con un motivo, bajo la cobertura formal del Art. 193 b) de la LJS, en el que plantea de forma separada cuatro revisiones de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

El primer intento revisor afecta al hecho probado segundo, que de aceptar la propuesta del recurso quedaría con la redacción siguiente:

"MONTRASA fue adjudicataria del contrato de "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, tras el Acuerdo de 31 de Marzo de 2015, suscrito en la Dirección de Trabajo e Industria. La ejecución del contrato se hacía fundamentalmente con aportación de mano de obra, valiéndose de MONTRASA MAESSA ASTURIAS, SL, como contratista, de las instalaciones de ALCOA INESPAL AVILES, SLU, en San Balandrán, Avilés, bajo la dirección del personal de ésta última. 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 85-170 y 204-205)"

Cita como avales probatorios, el Acuerdo de 31 de marzo de 2015 (documento núm. 13 del ramo de prueba de MONTRASA), la primera y segunda ofertas técnico-económica remitidas por MONTRASA a ALCOA para conseguir la contrata (documentos núm. 11 y 15 del ramo de prueba de MONTRASA), el certificado emitido por MONTRASA sobre maquinaria adquirida a la anterior contratista JOFRASA (documento núm. 16 del ramo de prueba de MONTRASA) y las facturas de alquiler de maquinaria por ALCOA (documento núm. 12 del ramo de prueba de ALCOA). También menciona el contrato firmado por ALCOA y MONTRASA, concretamente, su Anexo I, apartado 11 (documento núm. 8 del ramo de prueba de MONTRASA).

El texto propuesto por el actor diverge del judicial en que la contrata adjudicada a MONTRASA se ejecutaba fundamentalmente con aportación de mano de obra, bajo la dirección del personal de ALCOA y en las instalaciones de ésta.

El hecho probado primero de la sentencia consigna que la contrata se desarrollaba en las instalaciones de ALCOA sitas en San Balandrán, por lo que es superflua la mención del recurrente a tal circunstancia.

Las demás afirmaciones del actor son novedosas, pues no las consignó en la demanda y constituyen una apreciación sobre el factor preponderante de la contrata obtenida sin dar cuenta de los datos en que se sustenta. No cabe duda que la actividad de los trabajadores era importante, dado que en otro caso no tendría sentido la continuidad del personal en el servicio prestado en las instalaciones de ALCOA por las sucesivas empresas auxiliares a las que se les ha encargado la obra a lo largo de los años. Pero la emisión de un criterio fundado sobre la importancia de la mano de obra exigiría previamente conocer el detalle de las funciones comprendidas en el encargo asumido por MONTRASA así como la incidencia en su ejecución del componente personal y del componente material, constituido entre otros elementos por la maquinaria de diverso tipo puesta en manos de los trabajadores. Sin esa información previa, que debería figurar en los hechos probados al constituir datos relevantes para conocer la contrata, sostener que el factor más fundamental era la mano de obra y, se sobreentiende, que la maquinaria era un factor secundario, constituye una conclusión apriorística, esto es, que no resulta de los hechos conocidos y acreditados.

A esta deficiencia inicial del recurso, que quiere añadir en el relato de hechos probados una valoración general sobre la relevancia de la mano de obra y no los puros datos de la realidad material a partir de los que determinar los aspectos esenciales para la ejecución de la obra contratada, se añade la derivada de otras carencias de la petición actora.

En este sentido conviene recordar que es la Juzgadora de instancia quien tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él en el proceso - Art. 97.2 de la LRJS -. En su examen sobre esos materiales dispone de amplios márgenes de actuación y solo los límites impuestos por las reglas de la sana crítica constituyen una barrera infranqueable. Pero cuando respeta éstos la convicción que plasma en la sentencia y cuyo origen debe razonar se impone



como única realidad con la que, mediante la extracción de las consecuencias jurídicas pertinentes, dar solución al conflicto suscitado.

El recurso de suplicación no es instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los medios aportados para traer al proceso los datos fácticos; por el contrario, su naturaleza extraordinaria - Art. 190.2 de la LRJS - excluye ese objeto, reservado al juicio de instancia, y únicamente permite corregir los errores de la Juzgadora cuando con documentos idóneos o con pericias practicadas con las debidas garantías, se pone de manifiesto el desacierto de la convicción judicial - Art. 193 b) de la LRJS -.

Ahora bien, ni cualquier documento o prueba pericial es eficaz para revisar el relato fáctico de la sentencia, ni es suficiente a tal propósito que aquéllos reflejen hechos o den cuenta de datos distintos a los consignados en la resolución judicial. La alteración, como repite doctrina reiterada interpretando los Arts. 193 b) y 196 de la LRJS o sus antecedentes normativos, sólo está justificada si de forma razonada y mediante documentos fehacientes o de concluyente poder de convicción, suficientemente identificados, o por prueba pericial de innegable categoría científica o técnica, se pone de manifiesto, no de cualquier manera sino de modo argumentado y de forma clara y directa, sin acudir a especulaciones, conjeturas o argumentaciones más o menos lógicas, el error de la Magistrada. No se consigue este objetivo por la circunstancia de que los documentos o pericias invocados en el recurso proporcionen una versión alternativa coherente y con visos de veraz, sino cuando ésta, no contradicha en otros medios probatorios, se impone de forma incontestable, hasta el extremo de hacerse evidente, sin asomo de duda, el desacierto de la labor judicial respecto de datos relevantes para la solución del proceso.

La petición del actor no cumple estas exigencias por dos razones. Se limita a la cita de varios documentos sin proceder a su análisis específico y cuando se trata de documentos extensos sin precisar qué partes de los mismos le interesan, como sucede en las dos ofertas enviadas por MONTRASA a ALCOA (folios 110 a 146 y 151 a 186), por lo que pretende basar el cambio sobre su particular y no declarada interpretación de esos documentos.

Son medios de prueba, además, que no resultan expresivos sin más del texto solicitado: el Acuerdo de 31 de marzo de 2015 recoge las condiciones en que el personal de JOFRASA pasó a depender de MONTRASA al resultar esta empresa adjudicataria de la contrata; las ofertas de MONTRASA a ALCOA contienen los diversos elementos de una propuesta técnico-económica sobre la contrata; y el certificado de MONTRASA sobre la maquinaria adquirida a JOFRASA o las facturas de alquiler de maquinaria presentadas por ALCOA dan cuenta de una y otra operación.

Tampoco el régimen de dirección de la contrata queda clarificado con el documento señalado en el recurso. En el apartado 11 del Anexo I del contrato interempresarial se recoge bajo el título "coordinador responsable de EHS" los coordinadores de una y otra empresa en materia de medio ambiente, salud laboral y seguridad. Así, por el contratista, esto es, por MONTRASA figura Yolanda , y por la empresa principal se designan diversos coordinadores en función de cada una de las obras incluidas en el contrato. No desdice la apreciación judicial sobre el ejercicio por MONTRASA de las funciones inherentes a su condición de empresario sobre los trabajadores bajo su dependencia.

CUARTO.- El hecho probado cuarto resulta asimismo objeto de la atención del recurrente, que pretende cambiarlo por el texto siguiente:

"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 328-340), con motivo del rechazo a las condiciones de la oferta que imponía ALCOA, y la empresa TXF que sí ofertó, pero que ALCOA RECHAZO, AL CONSIDERARLA CARA.

En ALCOA INESPAL AVILES SLU, se continúan realizando la mayoría de las tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA en sus instalaciones (sentencia de conflicto colectivo (folios 315-319) y testifical Sr. Juan Enrique y del resto de los testigos). Para ello, ha alquilado diversa maquinaria (folios 340-350). Consta que ALCOA ha minorado su plantilla (bajas incentivadas, jubilación, invalidez, etc.)."

Sustenta la petición en los mismos medios probatorios que la Juzgadora de instancia consideró relevantes para formar su convicción. Entre ellos figura la declaración testifical del Sr. Juan Enrique , que no puede tenerse en cuenta, pues la modificación de las premisas fácticas ha de basarse exclusivamente en prueba documental o pericial [Arts. 193 b) y 196.3 de la LJS].

Del mismo modo que en la petición anterior, los datos en los que centra la atención el actor no se expusieron en la demanda. Con independencia de tal circunstancia, los documentos citados en la sentencia, no ponen de manifiesto con las condiciones exigidas el error de la Magistrada de lo Social en la comprensión de su sentido.



Respecto del primer párrafo del hecho, no hubo adjudicatarios de la oferta hecha por ALCOA y si bien consta con los correos electrónicos unidos a los folios 328 a 340 que de las empresas que contestaron sólo TXF mostró interés en asumir la contrata, esos documentos no informan de la causa por la que ALCOA le rechazó.

Mayor importancia tienen los hechos relatados en el segundo párrafo pero, descartado el testimonio del Sr. Juan Enrique que si puede valorar la Juzgadora de instancia pero no el Tribunal de suplicación, la sentencia de conflicto colectivo (folios 315 a 319) no expresa que ALCOA haya comenzado a realizar la mayor parte de las labores encomendadas a MONTRASA. Únicamente indica que tras la resolución unilateral por la auxiliar la empresa principal efectúa tareas de la contrata, mas no añade que sean muchas o la mayoría. Las afirmaciones de la Juzgadora de instancia, que después de declarar "no consta que [ALCOA] haya contratado más personal", señala en el fundamento de derecho cuarto que dicha empresa "ha asumido la realización de algunas de las actividades subcontratadas con su personal y alquilando maquinaria" y "no consta que se hayan asumido todas las actividades de la empresa auxiliar ni que se haya tenido que contratar nuevo personal puesto que en los TC1 se observa la disminución de la plantilla" han de mantenerse al no resultar desautorizadas.

QUINTO.- El tercer intento revisor del actor modifica el hecho quinto, para añadirle el párrafo siguiente:

"Dichos acuerdos se encuentran vigentes en la actualidad y por parte de ALCOA INESPAL se indica que se dan por enterados en esta 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".

Invoca el acta de la reunión celebrada el 10 de abril de 2002 en la que participaron representantes de las empresas auxiliares, sindicatos y de ALCOA (folio 64).

La decisión de este intento revisor del actor ha de partir de la circunstancia de no haber resultado controvertida la vigencia del Acuerdo y el sentido de la sentencia de instancia es de aceptación de la misma.

Ha de aclararse, además, que el acta de la reunión no contiene la eficacia temporal del Acuerdo adoptado, que se recoge en el propio acuerdo con los siguientes términos:

"El presente acuerdo entrará en vigor el día 10 de junio de 2002 y finalizará el treinta y uno de diciembre de dos mil cinco.

Al término de la vigencia temporal del presente acuerdo y en tanto no se sustituya por otro nuevo quedará vigente el contenido normativo del mismo".

Una segunda aclaración es necesaria. Hay que distinguir entre los partícipes de la reunión celebrada el 10 de julio de 2002 y las partes firmantes del Acuerdo de la misma fecha. En la reunión participaron representantes de la Administración del Principado de Asturias, de las empresas auxiliares de ALCOA, de los sindicatos CCOO y UGT, y de ALCOA. En el acta levantada, documento idóneo para acreditar lo ocurrido y la posición de los intervinientes, es donde ALCOA se expresa en los términos recogidos en el texto del actor. Las partes del Acuerdo, sin embargo, no son todas las que intervinieron en la reunión pues como indica la sentencia en este hecho probado quinto lo suscriben "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".

SEXTO.- La adición de un nuevo hecho probado es la última petición de revisión fáctica formulada en el recurso y el texto cuya incorporación se solicita dice:

"En el contrato de Prestación de servicios formalizado con fecha 9/04/2015, entre ALCOA como CLIENTE y MONTRASA como CONTRATISTA, para la "obra civil y servicios de apoyo a fundición y servicio de electrolisis" en el centro de Avilés, formalizado con fecha 9/04/2015, se pactó en una "Cláusula final", que en el supuesto de resolución del contrato durante los 3 años de vigencia, el CONTRATISTA podrá solicitar al CLIENTE, el pago de una penalización máxima equivalente al importe de las indemnizaciones que la normativa laboral establezca para los despidos colectivos o por causas objetivas y que el CONTRATISTA se viera obligado a satisfacer a los trabajadores que hasta la fecha de entrada en vigor del presente contrato prestaban sus servicios para la sociedad JOFRASA, y respecto de los que el CONTRATISTA se ha subrogado en su condición de empleador para la prestación del servicios objeto del presente contrato, siempre y cuando el CONTRATISTA hubiera despedido a dichos trabajadores con motivo de la resolución del presente contrato por la mencionada causa. Por parte de ALCOA se pagó, por un lado, el 50% del coste total de las indemnizaciones y salarios de dos trabajadores adscritos a dicho contrato de "obra civil y servicios de apoyo a fundición y servicios de electrolisis", pertenecientes a JOFRASA, que no estaban incluidos en los listados de los trabajadores de los



mencionados Acuerdo de Oviedo, que fueron despedidos y declarados improcedentes por resolución judicial, que no había sido condenado a ALCOA INESPAL, y a pesar de ello, pagó voluntariamente en los términos que consta en dicho documento; y por otro lado, también, pagó voluntariamente a los 39 trabajadores subrogados por JOFRASA, con cargo a la cuenta de ALCOA INESPAL en la entidad bancaria BBVA, en fecha 13 de julio de 2012, la nómina de junio de 2012, extra de verano de 2012 y parte proporcional de las vacaciones y días compensatorios de dichos trabajadores".

Basa la petición en el Anexo I, cláusula 12 del contrato suscrito entre ALCOA y MONTRASA (folios 103 y 104), el Acuerdo entre ALCOA y JOFRASA de fecha 18 de junio de 2013 (folios 437 y 438) y "en los justificantes de los pagos realizados a los 39 trabajadores subrogados por JOFRASA de la entidad bancaria BBVA, con cargo a la cuenta de ALCOA INESPAL, de fecha 13 de julio de 2012, para pagar la nómina de junio de 2012, extra de verano de 2012 y parte proporcional de las vacaciones y días compensatorios de dichos trabajadores adscritos al citado contrato de <<obra civil y servicios de apoyo a fundición y servicios de electrolisis>>" (folios 439 a 444).

El recurrente agrupa en un mismo párrafo tres hechos distintos y les da un sentido distinto al que se obtiene de los documentos invocados para su respectiva acreditación.

Respetando el orden de los datos propuestos resulta:

a) En el contrato celebrado entre ALCOA y MONTRASA, la cláusula final del Anexo I establece que:

"En el supuesto de que el CLIENTE resolviera el presente contrato durante los 3 años de su vigencia como consecuencia del cese definitivo de las operaciones del CLIENTE en su centro de AVILES, el CONTRATISTA podrá solicitar al CLIENTE el pago de una penalización máxima equivalente al importe de las indemnizaciones que la normativa laboral establezca para los despidos colectivos o por causas objetivas y que el CNTRATISTA se viera obligado a satisfacer a los trabajadores que hasta la fecha de entrada en vigor del presente contrato prestaban sus servicios para la sociedad JOFRA SA y respecto de los que el CONTRATISTA se ha subrogado en su condición de empleador para la prestación del servicio objeto del presente contrato, siempre y cuando el CONTRATISTA hubiera despedido a dichos trabajadores con motivo de la resolución del presente contrato por la mencionada causa (cese definitivo de las operaciones del CLIENTE).

La indemnización a cargo del empresario principal no se pactó, consiguientemente, para cualquier supuesto de resolución del contrato por la empresa principal, sino en el caso de proceder ALCOA a resolver la contrata como consecuencia del cese definitivo de sus operaciones en el centro de Avilés".

La indemnización a cargo del empresario principal no se pactó, consiguientemente, para cualquier supuesto de resolución del contrato por la empresa principal, sino en el caso de proceder ALCOA a resolver la contrata como consecuencia del cese definitivo de sus operaciones en el centro de Avilés.

b) El acuerdo celebrado entre JOFRASA y ALCOA el 18 de junio de 2013 por el que ALCOA asume el 50 por ciento de la indemnización a cargo de JOFRASA por el despido improcedente de dos trabajadores de la contrata a cuya subrogación se negó, explica las razones del compromiso de la empresa principal, para alejar la idea de una responsabilidad con los trabajadores de la contrata:

"Dado el apoyo y esfuerzo realizado por JOFRA SA en la resolución del proceso de renovación de dicho contrato, evitando lo que podía ver dado lugar a un conflicto social y económico de impredecibles consecuencias para ALCOA (que hubieran podido generar costes muy superiores para ésta), se ha acordado con JOFRA SA compartir dicho coste al 50%".

c) Los documentos citados para justificar el dato final, consisten en un informe del banco BBVA sobre cheques cargados en la cuenta de ALCOA o pendientes durante el mes de julio de 2012, que no identifica a sus titulares o poseedores, y en las copias de dos cheques. Aún siendo medios insuficientes para considerar acreditado el texto del recurrente, ALCOA acaba admitiendo el hecho del pago si bien matiza que se hizo "por existir una cesión de créditos ante Notario, por parte de la entidad CORPORACIÓN BARCELONA PRIVAT", que había sido la adjudicataria de la obra. En la documentación presentada por ALCOA obra en efecto un documento notarial de fecha 10 de julio de 2012 con dicha cesión del crédito y la autorización del cedente a ALCOA para destinarlo a pagar los salarios pendientes del pago de los trabajadores de aquella adjudicataria.

SEPTIMO.- En el segundo motivo de recurso, por el cauce procesal habilitado en el Art. 193 c) de la LJS, el actor formula en apartados autónomos tres distintas críticas a la solución jurídica dada en la sentencia del Juzgado.

Denuncia primero la infracción del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en la sentencia de 28 de junio de 2016 . Alega que el Juzgado yerra al declarar la falta de acción del trabajador contra ALCOA y la falta de legitimación pasiva de ésta pues la nulidad del despido declarada comporta la consecuencia de la obligada readmisión del actor, que sólo podrá producirse con la condena de ambas empresas. Añade que se produjo una sucesión de empresas,



circunstancia por la cual ALCOA, empresa sucesora, debió subrogarse en el contrato de trabajo del actor, pues continua realizando la mayor parte de las tareas que efectuaban los trabajadores de MONTRASA, al tratarse de tareas imprescindibles para la producción según se desprende de los documentos núm. 13 a 19 aportados por el demandante (folios 482 a 726). Hace referencia a continuación a una serie de labores que, según indica, si no se hacen detienen la producción, "por lo que, desde la extinción de los contratos de trabajo con fecha 5-04-2016, no le queda otra solución a dicha empresa principal, que realizar la mayor parte de los trabajos con su propio personal y de otras empresas auxiliares, así como, con la contratación de nuevo personal". Es por eso que su negativa a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de MONTRASA vulnera el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, al impedir la sucesión de contratistas, los Acuerdos de Oviedo de 10 de julio de 2002.

El recurrente mezcla en su exposición dos temas distintos: la subrogación de los trabajadores como consecuencia de una sucesión de empresas en sentido estricto y la subrogación de aquellos por aplicación del Acuerdo de Oviedo de 10 de julio de 2002. Este último tema es objeto después de un tratamiento específico en el recurso por lo que su examen ha de posponerse.

Ante el concepto de la sucesión de empresas y el régimen de este fenómeno sucesorio, la doctrina tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo, formada en el análisis de las normas comunitarias y estatales, especialmente el Art. 1.1 de la Directiva 2011/23 CE y el Art. 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, ha fijado las líneas básicas del concepto, que son objeto de precisión en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3.617/2006), 28 de abril de 2009 (Rec. 4.614/2007), 10 de mayo de 2013 (Rec. 683/2012) y 15 de julio de 2013 (Rec. 1.377/2012), entre muchas otras:

a) La sucesión de empresa 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.

b) Para apreciar la existencia de sucesión de empresa es imprescindible que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Por eso, "si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir transmisión o sucesión de empresas", pues no habrá "transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad" en los términos de las normas a que se ha hecho referencia.

c) "La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada".

d) El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude". Ahora bien, la mera sucesión en la actividad es un elemento insuficiente para entender producida la transmisión de una entidad económica, pues no hay en tal caso continuidad en los elementos de organización económica.

e) Hay supuestos en que esa identidad puede mantenerse en las denominadas "sucesiones de plantillas", producidas en "determinados sectores económicos" en los que la actividad de la empresa descansa fundamentalmente en la mano de obra y los elementos de la estructura productiva se reducen "a su mínima expresión". En tales casos se admite que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica" después de la 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, de ese personal".

f) 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.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2016 (Rec. 322/2015), invocada en el recurso, aunque no procede a un examen del fondo del asunto pues desestima el recurso de casación para unificación de doctrina al no apreciar contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, realiza un breve examen del concepto de sucesión de plantilla con un planteamiento que limita su alcance al exigir para su existencia el acto previo de la contratación voluntaria de la mayor parte del personal del anterior contratista:

"La sucesión de plantillas es una figura que se produce con base en el art. 44 del ET cuando una empresa, dentro de sectores de actividad en los que es factor principal de producción la mano de obra, se adjudica una contrata y, para cumplir el servicio al que se compromete, contrata a la mayor parte del personal de la anterior contratista, pese a no tener obligación de hacerlo. En estos casos, como los medios materiales que aporta la empresa para la actividad productiva son irrelevantes o menos importantes que la mano de obra, se entiende



que existe sucesión de empresa, conforme al art. 44 del ET , en su modalidad de "sucesión de plantillas", figura inicialmente desarrollada por la doctrina del TJUE. La diferencia es relevante porque en los casos de "sucesión de plantillas" la empresa contrata voluntariamente al personal de la anterior contratista, pese a no estar obligado, mientras que en los supuestos de sucesión convencional si existe el deber de subrogación conforme a las disposiciones del convenio colectivo".

En el caso ahora objeto de análisis, los hechos acreditados, únicos que pueden tenerse en cuenta en el momento de examinar las infracciones de normas de derecho sustantivo o de jurisprudencia alegadas en el recurso, son contrarios a la existencia de una sucesión de empresas. Ni se ha producido una transmisión a ALCOA de los medios organizados con los que MONTRASA realizaba la contrata, ni la empresa principal tras la resolución por MONTRASA del contrato entre ambas ha asumido o ha sentido la necesidad de asumir trabajador alguno destinado en la contrata. Lo cierto es que el relato de hechos probados da cuenta de una situación sin la presencia de los requisitos exigidos para entender producida la sucesión empresarial: ALCOA tras la decisión unilateral de MONTRASA, continúa realizando algunas tareas de la contrata con trabajadores propios, alquilando a un tercero diversa maquinaria y sin que haya prueba alguna de la contratación de más personal para hacer frente a la actividad, constando por el contrario la disminución de su plantilla.

Las manifestaciones del recurrente sobre la importancia de las labores de la contrata para mantener la producción en ALCOA, que de no seguir realizándose se paralizaría, encuentran el obstáculo de su falta de acreditación. Los hechos en que se sustentan no figuraban en la demanda y tampoco se intentan añadir en el recurso a través del cauce procesal establecido en el Art. 193 b) de la LJS para el cambio de los datos fácticos relevantes en el proceso. Sólo al proceder a la crítica jurídica de la sentencia por la vía procesal del Art. 193 c) de la LJS, es decir, cuando ya no procede modificar el relato de hechos probados de la sentencia, el actor efectúa la relación de tareas que, según sostiene, han de ejecutarse necesariamente para no detener la producción y cita sin más una extensa documental. La asunción por ALCOA de algunas tareas de la contrata es indicativa de su importancia para la empresa principal, pero entre la apreciación judicial y las afirmaciones del actor hay una gran diferencia y prevalece el relato de la Juzgadora de instancia al no cumplir el recurso las condiciones exigidas para su modificación.

Descartada la existencia de sucesión empresarial, al faltar los hechos que permitan apreciarla, debe rechazarse asimismo que la nulidad del despido declarada por el Juzgado origine de forma automática la responsabilidad de la empresa principal. La sentencia de instancia funda la nulidad en el incumplimiento por MONTRASA de los trámites de despido colectivo con su personal, sin atribuir a ALCOA participación alguna en la decisión de aquella, por lo que no puede extenderse la responsabilidad a la empresa principal si no es por la concurrencia de alguna razón distinta.

OCTAVO.- La segunda crítica jurídica del actor a la sentencia consiste en denunciar la infracción del Art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores y defender que hubo una cesión ilegal de trabajadores a favor de ALCOA ya que para la ejecución de los trabajos en ALCOA "prácticamente no se hace más que poner al personal". Alude también a la infracción de doctrina jurisprudencial pero cita exclusivamente dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que no tienen valor de jurisprudencia (Art. 1.6 del Código Civil), ni eficacia para fundar el motivo de recurso, que se reserva a las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, en materia de derechos fundamentales, de los Tribunales Internacionales reconocidos en España, en materia de derechos humanos, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en materia de derecho comunitario.

El motivo debe desestimarse. Conocen las partes que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse a través de las empresas de trabajo temporal autorizadas; y cuando, vulnerando la prohibición de cesión, ésta acontezca no sólo el empresario cedente y el empresario cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sino que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en una u otra empresa.

La dificultad máxima en la aplicación de estas reglas, establecidas en el Art. 43 del ET , surge en el momento de confrontar con la realidad el concepto de cesión, ante las manifestaciones de descentralización productiva o externalización de servicios, especialmente en los casos de contratas y subcontratas, que las empresas adoptan cada vez con mayor frecuencia por tratarse de formas de organizar la actividad empresarial jurídicamente permitidas y protegidas. Es algunos de estos supuestos la línea divisoria entre el fenómeno legal y la cesión prohibida resulta confusa y ante la variedad de las situaciones posibles no pueden operar criterios fijos de deslinde preestablecidos.

Consciente de tales problemas la jurisprudencia ha remarcado siempre que, para determinar cuando se produce una cesión de trabajadores, es indispensable atender a las circunstancias concretas del caso, sin que



la solución aplicada a un supuesto sea extrapolable a situaciones de hecho dispares. Al mismo tiempo ha ido observando que el tráfico de mano de obra no queda excluido por la circunstancia de ser la empresa cedente, verbigracia un contratista o subcontratista, una empresa real y no una empresa aparente, que dispone de una organización e infraestructura propias. El elemento diferencial entonces es la puesta en juego por el empresario de esa organización e infraestructura en una actividad propia, así como el efectivo ejercicio de facultades de dirección y control sobre los trabajadores destinados a ella. No cabe sin embargo exigir de la empresa contratista una radical independencia de acción respecto de la principal, pues en numerosas ocasiones es inevitable la colaboración entre ambas y el desempeño por el empresario principal de facultades de supervisión y de vigilancia sobre la contratista, en grado variable según el tipo o naturaleza del ciclo productivo.

Atendiendo una vez más a los datos acreditados en el proceso, únicos a considerar para dar respuesta al interrogante planteado, la relación entre MONTRASA y ALCOA no traspasa el marco jurídico y el material de un contrato de obra o servicios entre empresas, ni constituye medio o expresión de una cesión de trabajadores. La figura de la empresa auxiliar es frecuente en el sector de la siderometalurgia y una de sus características definitorias es que realizan su actividad en las instalaciones de ésta, como recoge el Art. 1 del Convenio Colectivo del sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias. Esta presencia y la inevitable subordinación de la actividad de la empresa auxiliar al fin productivo de la principal imponen necesariamente el establecimiento de medidas de coordinación y supervisión por parte de la principal. En este marco, la sentencia de instancia al describir las relaciones entre MONTRASA y ALCOA, así como entre aquélla y los trabajadores de la contrata, da cuenta de una situación en la que la empresa auxiliar tiene encomendada una actividad individualizada y prefijada en sus componentes, mantiene una organización propia, con una estructura de medios materiales y personales que gestiona de forma autónoma, si bien con la lógica finalidad de atender las exigencias de la contrata, y ejercita con los trabajadores a su cargo las facultades directivas y organizativas características de la relación laboral. Las relaciones que a lo largo del tiempo ha tenido ALCOA con MONTRASA o con las anteriores adjudicatarias de la contrata y con los trabajadores destinados en ella no son, a tenor de los datos conocidos, representativas de una confusión en la actividad o de una intromisión de la principal en el desenvolvimiento de los contratos de trabajo de la auxiliar, ni permiten detectar que MONTRASA no haya puesto en juego una estructura y organización propias.

NOVENO.- El recurso finaliza denunciando la infracción "del artículo 58 del Convenio Colectivo de Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias y la Norma 5 de la Orden de 23 de abril de 1976, por la que se aprobó las Normas Complementarias de la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica de 29 de julio de 1970, aplicables a los trabajadores dependientes de Empresas de Montaje y Auxiliares de este sector laboral, así como los Acuerdos de fecha 10 de julio de 2002, suscritos en reunión en la Dirección General de Industria y Minería del Principado de Asturias, entre las Empresas Auxiliares, Sindicatos y ALCOA INESPAL SA, al objeto de establecer la garantía de subrogación, en el supuesto de cambio de titularidad de los contratos, y demás normas de general y específica aplicación".

Afirma que MONTRASA procedió a la extinción de los contratos de trabajo de forma sorpresiva sin que los trabajadores fueran advertidos previamente por la propia empresa auxiliar, por la empresa principal o por los demás partícipes de los Acuerdos. Atribuye la actuación de MONTRASA a varias causas: el éxito de las reclamaciones judiciales presentadas por varios trabajadores en reclamación, ya de diferencias retributivas derivadas de la aplicación del pacto de rebaja salarial alcanzado el 31 de marzo de 2015 para la subrogación por MONTRASA de los trabajadores de la anterior adjudicataria JOFRASA, ya por no haber sido subrogados; y el desacuerdo de MONTRASA con el precio final de la contrata. Luego de estas alegaciones, considera que la aplicación al caso de la norma y el acuerdo invocados determina la condena de ALCOA. Insiste seguidamente en que fueron las reclamaciones presentadas por los trabajadores frente a los efectos del indicado pacto de 31 de marzo de 2015 un factor esencial para la decisión extintiva adoptada por MONTRASA y reprocha a ALCOA su conducta pasiva y los beneficios que la ha supuesto.

El examen de estas alegaciones, de las disposiciones del Convenio Colectivo y de la Orden de 23 de abril de 1976, así como del Acuerdo de 10 de julio de 2002, no sustenta, sin embargo, la condena de ALCOA pretendida en el recurso. Reafirman por el contrario la responsabilidad de MONTRASA, pues no puede olvidarse que era la empresa adjudicataria de la contrata y para ella prestaban servicios los trabajadores destinados en dicha actividad. En el pacto de 31 de marzo de 2015, que no puede confundirse con el invocado Acuerdo de 10 de julio de 2002 y sus prórrogas, el protagonismo corresponde a MONTRASA y las posteriores reclamaciones de varios de sus trabajadores son consecuencia de su aplicación por parte de dicha empresa auxiliar. E igualmente, el malestar de MONTRASA con las condiciones económicas de la contrata como otro factor desencadenante de la decisión extintiva es un elemento que coloca a dicha empresa en el centro del debate pero no hace surgir la responsabilidad de ALCOA. Al respecto, falta la base para concluir que hubo una actuación de la principal dirigida a conseguir la extinción de la contrata y son atinadas las reflexiones de la sentencia cuando señala que



"las vicisitudes de la relación entre la empresa principal y la contratada no pueden trascender a la calificación del cese ni a la responsabilidad del mismo".

La empresa ALCOA queda fuera asimismo del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias. Según indica su Art. 1 "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".

Las disposiciones del Convenio Colectivo y en concreto el régimen sobre sucesión de empresas, no vinculan por tanto a la empresa principal. Este régimen se contiene en el Art. 58 que establece:

"En esta materia se estará a lo dispuesto y será de aplicación lo previsto en la Norma 5 de la Orden de 22 de abril de 1976 por la que se aprueban las Normas Complementarias de la Ordenanza Laboral de 29 de julio de 1970, para Empresas de Montaje y Auxiliares".

La referida Norma 5ª de la Orden de 22 de abril de 1976 (BOE de 28 de abril de 1976) regula los "efectos en el orden laboral de la conclusión de las relaciones entre las Empresas de montajes y auxiliares y la Empresa principal", disponiendo:

"5.1. Si a la terminación de la vigencia del Convenio entre una Empresa auxiliar y la principal, las funciones totales o parciales que viniese realizando aquélla se continuasen por otra u otras Empresas auxiliares, los trabajadores de la Empresa auxiliar que hubiese cesado en su cometido pasarán a formar parte con el mismo carácter que tuviesen de la Empresa o Empresas auxiliares que la hubiesen sustituido. Esta continuación de relaciones laborales se producirá en todo caso, aunque haya un intervalo de hasta tres meses entre la terminación de las funciones de la primera Empresa auxiliar y el comienzo de la actuación de la Empresa o Empresas auxiliares que la hubiesen reemplazado.

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.

5.3 Si al término de la instalación o reparación que hubiese ejecutado una Empresa de montaje persistiese realizando alguna actividad para la Empresa principal, se entenderá, a los efectos laborales, que se ha transformado automáticamente en Empresa auxiliar".

Derogada hace años la Ordenanza Laboral de la Siderometalurgia, únicamente resultan eficaces las disposiciones de esta Norma 5ª de la Orden de 22 de abril de 1976 que se refieran y afecten a las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias, pues es sólo por mandato de éste y consiguientemente obligando a las empresas que comprende, por lo es aplicable la indicada Norma 5ª.

Aunque se prescindiera de dicha limitación aplicativa, la responsabilidad de ALCOA no surgiría por la mera circunstancia de la extinción de la contrata. La norma examinada únicamente establece que si la empresa principal asume la actividad de la empresa auxiliar los trabajadores de ésta tienen preferencia absoluta para obtener empleo en aquélla si tiene que contratar nuevo personal. En el caso presente, resulta que ALCOA después de la decisión extintiva de MONTRASA no realiza todas o la mayoría de las tareas efectuadas por la auxiliar sino únicamente algunas y no ha contratado nuevo personal, por lo que estaría excluida de la obligación de incorporar en su plantilla a los trabajadores de la contrata. El supuesto no guarda semejanza alguna con el examinado por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 (Rec. 2.416/2015), citada por el recurrente, en que el conflicto afectaba a empresas auxiliares y por tanto les era aplicable el Art. 58 del Convenio Colectivo del sector.

El Acuerdo de 10 de julio de 2002 y sus prórrogas conducen a la misma conclusión de excluir a ALCOA del deber subrogatorio defendido en el recurso.

Ya se expresó al resolver los motivos de revisión fáctica que no todos los partícipes en la reunión son partes del acuerdo. En la reunión, ALCOA se limita a darse por enterado y a mostrar su interés por participar en las reuniones sucesivas a fin de estar al tanto de sus incidentes y hacer el seguimiento del acuerdo. Pero quienes suscriben el pacto y se comprometen con los representantes de los trabajadores a cumplirlo son las empresas auxiliares de ALCOA. El tenor literal del acta de la reunión y del propio acuerdo es claro y no deja



duda de la intención de los firmantes, como lo refleja el hecho probado quinto de la sentencia. Así, sobre el ámbito funcional, el acuerdo expresa que "afectará a las empresas firmantes del presente documento y en tanto mantengan contratos en el Centro de ALCOA-INESPAL en Avilés y a las que se incorporen en el futuro".

La misma claridad, en el sentido de quedar fuera ALCOA, resulta de las medidas sociolaborales establecidas:

A) Subrogación:

"Se establece una garantía de subrogación, en el supuesto de cambio de titularidad en los contratos, entre las empresas afectadas por el presente acuerdo y que afectará a los trabajadores relacionados en el anexo uno y a los cuales no les resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 58 del Convenio Colectivo de Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias .

El personal se integrará en la nueva adjudicataria con la condición de Fijó de Obra conservando la antigüedad y condiciones económicas que pudiese acreditar en su anterior empresa.

La acreditación de condiciones superiores a las establecidas en el mencionado Convenio Colectivo se efectuará mediante presentación de los doce últimos libramientos de salarios y certificación de su anterior empresa".

B) Recolocación de excedentes:

"Los excedentes que se pudiesen producir, y que afectasen al personal relacionado en el anexo uno serán recolocados en alguna de las empresas auxiliares que tengan contratos vigentes con ALCOA-INESPAL Avilés y acrediten la existencia de personal eventual en sus plantillas prestando servicios en este centro.

El personal que resultase excedente será recolocado en alguno de los contratos que las empresas mantengan con ALCOA-INESPAL Avilés".

Y el resto del acuerdo tampoco establece reglas que involucren a ALCOA.

La sentencia del Juzgado no comete las infracciones atribuidas por el actor y procede la desestimación del recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Modesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés, dictada en los autos seguidos a su instancia contra las empresas MONTRASA MAESA ASTURIAS SL y ALCOA INESPAL AVILES SLU, sobre Resolución de Contrario, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

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.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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