



Roj: **STJSJ CAT 6996/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:6996**

Id Cendoj: **08019340012017104412**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2017**

Nº de Recurso: **1753/2017**

Nº de Resolución: **3720/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8003742

AF

Recurso de Suplicación: 1753/2017

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 9 de junio de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3720/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Sergio , D. Juan Carlos , D^a Blanca , D^a Gloria , D. Benjamín , D. Esteban , D^a Remedios , D. Jorge , D. Rafael , D. Carlos José , D. Alfonso , D^a Aurelia , D. Darío , D. Gumersindo , D. Maximiliano , D^a Gracia , D. Tomás , D. Pedro Enrique , D^a Rosana , D. Casimiro y D. Florentino frente a la Sentencia del Juzgado Social 15 Barcelona de fecha 5 de octubre de 2016 dictada en el procedimiento nº 45/2014 y siendo recurridos CTC Externalización, S.L., Inspección y Control de Instalaciones, S.A., Gas Natural Distribución SDG, S.A., Unamuno Servicios Integrales, S.L., Activa Innovación y Servicios, S.A.U. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUIS REVILLA PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de enero de 2014 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la excepción de caducidad de la acción.

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO las excepciones de falta de legitimación pasiva y acción y derecho en relación con las codemandadas Gas Natural Distribución SDG SA, Inspección y Control de Instalaciones SA, CTC



Externalización SL, Activa Innovación y Servicios SAU, a quienes por ello absuelvo de los pedimentos en su contra.

Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO las pretensiones de la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Juan Carlos , Blanca , Gloria , Benjamín , Esteban , Remedios , Jorge , Rafael , Carlos José , Darío , Gumersindo , Sergio , Maximiliano , Gracia , Alfonso , Aurelia , Tomás , Pedro Enrique , Rosana , Casimiro y Florentino contra Umamo Servicios Integrales SL, a quien debo absolver y absuelvo de los pedimentos deducidos en su contra, declarando inexistente el fraude de ley en la contratación temporal, la inexistencia de relaciones laborales indefinidas entre actores y la citada demandada y la válida extinción de los contratos de trabajo para obra o servicio que vincularon a los actores con la referida demandada.

Absuelvo al Fondo de Garantía Salarial."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º.- Los demandantes, Juan Carlos , Blanca , Gloria , Benjamín , Esteban , Remedios , Jorge , Rafael , Carlos José , Darío , Gumersindo , Sergio , Maximiliano , Gracia , Alfonso , Aurelia , Tomás , Pedro Enrique , Rosana , Casimiro y Florentino , mayores de edad, prestaron servicios bajo al modalidad temporal de obra o servicio determinado por cuenta de Umamo Servicios Integrales SL y con destino a la contrata que la misma en Gas Gas Natural Distribución SDG SA, todos ellos con categoría profesional de lector/lectora y con las restantes siguientes condiciones laborales de antigüedad y salario, incluida la prorrata de pagas extras:

TRABAJADORDNI/NIEINGRESOSALARIO

Juan Carlos NUM000 24-nov-08 2.413,46 €

Blanca NUM001 13-ene-07 1.550,81 €

Gloria NUM002 2-ene-09 1.584,02 €

Benjamín NUM003 8-oct-07 1.871,59 €

Esteban NUM004 23-jul-08 2.616,05 €

Remedios NUM005 5-oct-07 2.357,85 €

Jorge NUM006 18-jun-07 1.798,50 €

Rafael NUM007 21-nov-05 2.341,98 €

Carlos José NUM008 27-sep-07 1.767,66 €

Darío NUM009 1-sep-06 1.857,42 €

Gumersindo NUM010 2-dic-03 3.999,10 €

Sergio NUM011 2-oct-08 3.589,21 €

Maximiliano NUM012 5-oct-04 2.070,00 €

Gracia NUM013 2-ene-07 2.696,16 €

Alfonso NUM014 2-dic-03 2.229,94 €

Aurelia NUM015 14-jul-09 3.121,79 €

Tomás NUM016 19-may-09 2.106,90 €

Pedro Enrique NUM017 1-oct-08 2.901,44 €

Rosana NUM018 24-ene-11 2.349,74 €

Casimiro NUM019 21-jun-04 2.680,10 €

Florentino NUM020 21-may-08 1.865,02 €

2º.- Juan Carlos , Blanca , Gloria , Benjamín , Esteban , Remedios , Jorge , Rafael , Carlos José , Darío , Gumersindo , Sergio , Maximiliano , Gracia , Alfonso , Aurelia , Tomás , Pedro Enrique , Rosana , Casimiro y Florentino carecen de la condición de miembro de los órganos de representación unitaria o sindical de los trabajadores en la empresa.

3º.- En fecha de 30 de noviembre de 2013 la empresa demandada Umamo Servicios Integrales SL procedió extinguir el contrato de trabajo que le unía con Juan Carlos , Blanca , Gloria , Benjamín , Esteban , Remedios , Jorge , Rafael , Carlos José , Darío , Gumersindo , Sergio , Maximiliano , Gracia , Alfonso



, Aurelia , Tomás , Pedro Enrique , Rosana , Casimiro y Florentino mediante comunicación escrita, alegando extinción de los contratos de obra o servicio suscritos con cada uno de los demandantes debido a la resolución de la contrata mantenida con Gas Natural. La comunicación de cese se efectuó mediante escrito de 15 de noviembre inmediato anterior.

4º.- Umano Servicios Integrales SL hizo entrega a los actores y actrices de un documento el día 30 de noviembre de 2013, materializando en el mismo la extinción y tratando de dar al mismo la condición de finiquito, siendo manuscrita por los actores la expresión de su disconformidad.

5º.- Inspección y Control de Instalaciones SA, CTC Externalización SL, Activa Innovación y Servicios SAU resultaron adjudicatarias de la contrata de Gas Natural Distribución SDG SA mediante concurso público al efecto y para la llevar a cabo la lectura de contadores.

6º.- Se intentó la conciliación por solicitud de 2 de enero, concluyendo el acto celebrado el día 20 de marzo, ambos de 2014, debiendo tenerse el mismo por terminado en vía administrativa con anterioridad a la celebración del acto al haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la presentación de la solicitud y la celebración de dicho acto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora D. Sergio , D. Juan Carlos , D^a Blanca , D^a Gloria , D. Benjamín , D. Esteban , D^a Remedios , D. Jorge , D. Rafael , D. Carlos José , D. Alfonso , D^a Aurelia , D. Darío , D. Gumersindo , D. Maximiliano , D^a Gracia , D. Tomás , D. Pedro Enrique , D^a Rosana , D. Casimiro y D. Florentino , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, las codemandadas CTC EXTERNALIZACIÓN, S.L., e INSPECCIÓN Y CONTROL DE INSTALACIONES, S.A. (ICISA) impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los 21 trabajadores que ejercitan acciones acumuladas en la demanda génesis de los autos postulaban en la misma que se declarasen constitutivas de despidos improcedentes las extinciones unilaterales de los contratos que vinculaban a las partes que realizó quién aparecía como empleadora de los trabajadores, la empresa UMANO SERVICIOS INTEGRALES S.L., con efectos de 30/11/2013, en el alegato de llegada del término de vigencia pactada al contrato temporal de obra determinada con ocasión de la pérdida de la contrata de servicios de lectura de contadores concertada con la empresa principal GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A.

La sentencia, tras considerar que los contratos suscritos por las partes completaban la formalidad legal y respondían a obra con sustantividad propia, concluyó que la causa de temporalidad concurría, que los contratos no eran fraudulentos y que su extinción no era constitutiva de despido improcedente.

También afirmó que no existía obligación convencional de subrogación y que no se daban los requisitos y presupuestos disciplinados en el artículo 44 del ET para que pudiese predicar fenómeno jurídico de sucesión de empresas respecto a la empleadora por parte de las nuevas adjudicatarias del contrato de servicios de lectura de contadores, las también codemandadas INSPECCIÓN Y CONTROL DE INSTALACIONES S.A., CTC EXTERNALIZACIÓN, S.L. y ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.U.

Tras ello desestimó todas las pretensiones de la demanda y los 21 actores formulan el presente recurso, con motivo de censura fáctica y jurídica.

El recurso ha sido impugnado por CTC EXTERNALIZACIÓN, S.L., por una parte, y por INSPECCIÓN Y CONTROL DE INSTALACIONES S.A., por otra.

SEGUNDO.- Articulan primer motivo de recurso, amparado en la letra b) del artículo 193 de la LRJS, interesando la modificación del cuerpo fáctico de la sentencia.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero [RJ 1986 , 221] , 23 de octubre [RJ 1986, 5886] y 10 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6306] y STS, 17 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7929]) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la



inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador.); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o pericia les que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Ninguno de estos requisitos se ha completado.

Así la parte recurrente solicita la revisión del hecho probado primero, proponiendo un texto alternativo en el que propone que se añada: "...que los actores han prestado servicios para UMANO SERVICIOS INTEGRALES, S.L. mediante contratos de duración determinada sucesivos y concatenados....que el objeto de los contratos era la realización de los servicios de lectura de contadores de Gas Natural en la provincia de Barcelona, a excepción de 4 de ellos que habían sido contratados para prestar servicios en toda Catalunya....todos los trabajadores prestaban sus servicios, de forma reiterada, fuera del ámbito de aplicación establecido en el contrato de trabajo".

Tal relato no podía recogerse en el cuerpo fáctico de la sentencia porque el hecho de que alguno o alguno de los actores, que ni siquiera ahora en el relato postulado se concretan, hayan prestado servicios en ámbito territorial diverso al concretado en las cláusulas de temporalidad de los contratos suscritos, no fue afirmado ni sostenido como fundamento de la pretensión de fraudulencia de la contratación temporal. Y como tal no fue ni pudo ser objeto de prueba ni por los actores que no lo habían afirmado como fundamento de su pretensión ni mucho menos por las codemandadas que no podían conocer la ampliación sustancial e intolerable de la pretensión salvo que se les imponga efectiva indefensión, tampoco lo pueden ser ahora en la vía del recurso extraordinario.

El único hecho sobre el que los actores fundamentaban la fraudulencia de su contratación era la ausencia de causa de temporalidad, la propia obra concertada entre principal y empleadora de lectura de contadores. Y como de está si se tuvo noticia es correcto el tenor del hecho probado primero en los términos en que se expresó por el magistrado sentenciador y no puede, menos aún cuando falta elemento de convicción que sirva para afirmar como cierto, veraz e indiscutible, el relato propuesto, acogerse el motivo.

TERCERO.- También se pretende censura fáctica del hecho probado quinto para que "in fine" se añada al mismo que tras la rescisión del contrato suscrito entre UMANO y GAS NATURAL, las mercantiles CTC, INSPECCIÓN Y CONTROL DE INSTALACIONES S.A. y ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.U., resultaron adjudicatarias de la contrata y algunos trabajadores que prestaban servicios anteriormente para UMANO pasaron a prestar servicios posteriormente para el resto de las mercantiles.

Pretensión revisora que no puede prosperar porque nada añade para la potencial determinación de figura de sucesión de plantillas, a efectos de concluir figura de sucesión de empresas. El relato sobre la circunstancia y coyuntura de la nueva contratación debió sostenerse en la demanda para que pudiese ser conocida y, en su caso, negada o matizada por las codemandadas.

Y ello porque tal elemento de convicción asertiva de la sucesión necesitaría conocer el concreto momento temporal de la contratación, el número e identidad de los trabajadores contratados ex novo que lo fueron de la empresa saliente y las condiciones de la contratación y sobre esto no se ofreció detalle en el relato propuesto, que además ni siquiera se sostuvo, ni en términos genéricos, ni en términos concretos en la demanda o ratificación de la misma.

Si a ello añadimos que tampoco se aporta elemento de ciencia que permita afirmar indubitado el facto en los términos pretendidos la totalidad del motivo de censura fáctica ha de rechazarse.

CUARTO.- En los motivos del recurso dirigidos a la censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , se denuncia en primer lugar la infracción del artículo 15 del ET y se afirman fraudulentos los contratos formalmente temporales por obra determinada suscritos por las partes con lo que si, como corolario, eran indefinidos no podían extinguirse en el alegato de llegada de su término de vigencia pactada.

En supuesto de absoluta identidad fáctico jurídica con el que nos ocupa, a propósito de igual sucesión contractual por parte de la empresa principal la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de terceros trabajadores en igual circunstancia fáctico-jurídica, concretamente en la sentencia de 15/10/2015 (Rec. 4871/2015), en la que hemos dicho:



"Quan a l'argument de que els contractes haurien estat subscrits en frau de llei atès que l'objecte de la contractació no tindria substantivitat pròpia, s'evidencia que existeix una clara relació entre l'adjudicació per part de Gas Natural a la demandada i la contractació dels actors, tractant-se d'una activitat perfectament identificable i diferent de les altres desenvolupades per l'empresa, la qual cosa permet entendre-la com a autònoma i amb substantivitat pròpia, per la qual cosa procedeix confirmar en aquest extrem l'hermenèutica que s'ha desenvolupat en la instància (en aquest sentit sTSJC 13.1.2015 recurs 5729/2014). La sentència recorreguda, explica perfectament (fonament de dret sisè) com no s'ha provat en absolut el frau en la contractació i aquesta consta referida a una activitat perfectament identificada, la qual cosa obliga la Sala a desatendre també aquesta argumentació.

Existeix una amplíssima doctrina jurisprudencial respecte a l'exigència de substantivitat de l'objecte del contractació d'obra o servei (sentència TS 21.4.2010, Rec. 2526/2009), de forma que l'obra o servei que constitueix el seu objecte, ha de identificar-se com a autònoma i amb substantivitat pròpia dins del que és l'activitat laboral de l'empresa, que la seva execució, encara que limitada en el temps, sigui en principi de durada incerta i que en el desenvolupament de la relació laboral, el treballador sigui normalment ocupat en l'execució de l'obra o servei, aquesta Sala s'ha pronunciat repetidament sobre tot això [sTSJC 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20- 2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17- 3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31- 3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) i 6-10- 14 (rec.3915/2014). I en el cas present es donen tots els requisits, de forma que hem de confirmar el criteri del jutge del primer grau jurisdiccional"-

Decimos en nuestra sentencia de 27 de febrero de 2013 que: "la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo , en relación a los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados, ha estimado, en aplicación de los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre que lo desarrolla (BOE de 8 de enero de 1.999) -vigente desde el 9 de enero siguiente de acuerdo con lo previsto por su disposición final segunda-, como tales los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y e) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo y 10 de octubre de 2.005 , 21 de enero de 2.008 , y 14 de julio de 2.009).

Tal como se afirma en la última de las sentencias citadas, "esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Son repetidas las sentencias que así lo afirman aunque, por lógica razón de congruencia, cada una debiera profundizar sobre el requisito concreto, de entre los citados, cuya existencia era objeto entonces de discusión. Corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3- 96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21- 2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9- 99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11- 00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) y las que en ellas se citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998.- Todas ellas ponen de manifiesto, en la parte que aquí interesa, que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad".

En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales que debe contener el contrato eventual, el RD 2720/98 de 18 de diciembre, que desarrolla el precepto indicado del ET, en su artículo 3 establece que debe consignarse con claridad y precisión la causa o circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo. Ello quiere decir que ese tipo de contratación tiene naturaleza causal, en cuanto que no puede celebrarse por cualquier causa o motivo, sino únicamente cuando existe causa o motivo justificativa de la eventualidad y la misma se haya plasmado con suficiente claridad y precisión en el contrato; no cumpliéndose con ésta obligación formativa con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas, en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que implican un incremento extraordinario de la actividad empresarial. Ahora bien, no hay que olvidar, por ser doctrina consolidada (sentencias de 10-5-1993 , 2-9-1993 , 14-3-1997 y 6-4-1998, entre otras, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo), que los defectos formales en la redacción del contrato no convierten siempre, inevitable y fatalmente la relación laboral en indefinida, sino que simplemente establecen una presunción "iuris tantum" acerca de su indefinición, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.3 del ET , la cual puede ser desvirtuada mediante actividad probatoria con la que se acredite



que efectivamente concurren esas especiales circunstancias que sirven de causa legítima a la contratación eventual.

Por otra parte, tal y como ha señalado la STS de 21-3-2002, la validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de ésta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa. Pero la temporalidad no se supone. Antes lo contrario, los artículos 8.2 y 15.3 del ET, así como el artículo 9.1 del RD 2720/98 de 18 de diciembre que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí que en el apartado 2.a) de los artículos 2, 3 y 4 del RD citado, se imponga la obligación, en garantía y certeza de la contratación temporal causal, de que en el contrato se expresen con toda claridad y precisión, los datos objetivos que justifican la temporalidad, y si bien es cierto que la forma escrita y el cumplimiento de los citados requisitos no constituye una exigencia "ad solemnitatem", y la presunción señalada no es "iuris et de iure", si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido".

En el presente caso, la empresa empleadora hizo constar lícita causa de temporalidad en los contratos suscritos con los trabajadores actores, que se identifica en la obra objeto de contrato con la principal, y tal descripción no resulta ni vaga, ni inconcreta ni imprecisa a los efectos antes descritos, sino que se identifica la causa de temporalidad con claridad y precisión, estando limitada la duración del contrato que expresamente se cita e identifica.

Además quedó probado en el acto de juicio que la única causa en la que se funda la fraudulencia el contrato de trabajo, la obra de arrendamiento de servicios de lectura de contadores, existió y tuvo autonomía y sustantividad propia, dentro de la propia y general de la empleadora.

Siendo ello así y en consecuencia con lo dispuesto en los preceptos antes señalados, los contratos suscritos por los actores con la empresa empleadora reunía todos los requisitos para su validez, y en ningún caso puede entenderse celebrados en fraude de ley, por lo que podían ser extinguidos de futuro una vez llegue su término de vigencia pactada.

Reproduciendo igual argumento hemos de rechazar, sin más reflexión que sería abundante, el motivo de censura jurídica.

QUINTO.- También se denuncia la infracción del artículo 15 del ET y se afirman fraudulentos los contratos por haber tenido duración superior a los 3 años.

Tal motivo también ha sido rechazado por la Sala en la sentencia antes citada en la que, ante circunstancia de igual expresión fáctica jurídica, hemos dicho:

"L'argument dels recurrents, és que els seus contractes de treball, en la modalitat d'obra o servei determinat, van tenir una durada superior a tres anys i per tan haurien adquirit la condició de indefinits.

També al leguen els recurrents que l'obra que consistia l'objecte dels contractes (lectura de comptadors de gas), és una activitat habitual de l'empresa sense substantivitat propia.

Tots els contractes de referència, són anteriors al RDL 10/2010 i a la Llei 35/2010 de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball, que entrà en vigor el 19.9.2010, i la disposició transitòria primera de l'esmentada llei estableix que als contractes d'obra o servei determinat subscrits amb anterioritat a aquella data s'han de regir per la normativa legal anterior, per tan els és d'aplicació la redacció de l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors en la redacció anterior a l'any 2010 i per tan no els és aplicable la clàusula de topall temporal dels tres anys, la qual cosa obliga la Sala a desatendre aquest argument del recurs".

SEXTO.- En el siguiente motivo de censura jurídica denuncian la infracción del artículo 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias que cita en relación a la sucesión de contratistas y subcontratistas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la sucesión de plantillas por entender que en el supuesto enjuiciado concurren los requisitos para apreciar una sucesión de empresas con lo que los contratos no debieron extinguirse por fin de obra sino continuar manteniéndose como empleadoras las nuevas adjudicatarias del servicio.

En la sentencia de 23 de diciembre de 2014 (sent. nº 8508/2014, rec. nº 5367/204), cuyo criterio ha seguido la Sala en la sent nº 876/2015, rec. nº 7204/2014, hemos declarado, en relación a la situación que se plantea, lo siguiente:

"El artículo 44 del ET establece que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Añade el precepto que a efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando



la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. (...)

A este respecto el Tribunal Supremo resume su doctrina en sentencias de 29 de mayo de 2008 y 15 de julio de 2013 . Después de reseñar su doctrina tradicional añade que la misma "ha sido reformada a partir de la sentencia de esta Sala de 20 de octubre del 2004 (rec. 4424/2003) , a la que siguieron las de 21 de octubre del 2004 (rec. 5073/2003) , 27 de octubre del 2004 (rec. 899/2002) y 26 de noviembre del 2004 (rec. 5071/2003) , las cuales aceptaron los criterios que, respecto a la sucesión o transmisión de empresas, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diferentes sentencias, entre las que cabe mencionar las de 11 de marzo de 1997 (caso Süzen) , 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal) , 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo) , 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen) , 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur) , 25 de enero del 2001 (caso Liikenne) , 24 de enero del 2002 (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (caso Carlito Abler) .

Conviene recordar que el art- 1-a) de la Directiva 98/50 CE del Consejo de 29 de junio de 1998, que modificó la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, establece que "la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión"; y el apartado b) de este art. 1º de dicha Directiva precisa que "sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio". Estos mismos preceptos se reproducen en los apartados a) y b) del art. 1º de la Directiva 2001/23 / CE del Consejo de 12 de marzo del 2001 .

Estas normas comunitarias dieron lugar en nuestro país a la modificación del art. 44 del ET que dispuso la Ley 12/2001, de 12 de julio. Esta Ley no modificó la dicción inicial del número 1 de este art.44, con lo que sigue diciendo esta norma que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...". Pero sí introdujo en este art. 44 un nuevo número 2 en el que se establece lo siguiente: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio".

Según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario 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". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla.

Llegados este punto, es necesario traer aquí a colación los siguientes criterios y pautas sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la materia que tratamos:

A).- "La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", debiéndose tener en cuenta que "el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio" (sentencia 11 de marzo de 1997 , Süzen , fundamento 13; sentencia de 10 de diciembre de 1998 , Hernández Vidal , fundamento 26; sentencia de 10 de diciembre de 1998 , Sánchez Hidalgo , fundamento 25; sentencia de 2 de diciembre de 1999 , Allen , fundamento 24; sentencia de 25 de enero del 2001 , Liikenne , fundamento 31; sentencia de 24 de enero del 2002 , Temco , fundamento 23; y sentencia de 20 de noviembre del 2003 , Carlito Abler , fundamento 30).

B).- " 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 trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, 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, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" (sentencia Süzen fundamento 14, sentencia Hernández Vidal fundamento 29, sentencia Sánchez



Hidalgo fundamento 29, sentencia Allen fundamento 26, sentencia Didier Mayeur fundamento 52, sentencia Liikenne fundamento 33, sentencia Temco fundamento 24, y sentencia Carlito Abler fundamento 33).

C).-"La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa" (sentencia Süzen fundamento 15, sentencia Hernández Vidal fundamento 30, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 30, sentencia Allen fundamento 27, sentencia Didier Mayeur fundamento 49, y sentencia Liikenne fundamento 34)".

En la sentencia citada del TJUE de 20 de noviembre de 2003 (caso Carlito Abler), dictada en un supuesto de empresas dedicadas a la restauración colectiva dentro de un hospital, contiene la siguiente doctrina:

"La Directiva 77/187 tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario. El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva consiste, por consiguiente, 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 ésta se reanude (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986, Spijkers, 24/85, Rec. p. 1119, apartados 11 y 12, y de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 10).

Sin embargo, para que la Directiva 77/187 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (véase, en particular, la sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-48/94, Rec. p. I-2745, apartado 20). Así, el concepto de entidad se refiere a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (véase, en particular, la sentencia Süzen, antes citada, apartado 13)".

Más adelante señala que "Para determinar si concurren los requisitos para la transmisión de una entidad organizada de forma estable, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, 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, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (sentencias antes citadas Spijkers, apartado 13, y Süzen, apartado 14).

Sin embargo, estos elementos son tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véase, en particular, las sentencias antes citadas Spijkers, apartado 13, y Süzen, apartado 14).

Para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 77/187 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (sentencias antes citadas Süzen, apartado 18, e Hidalgo y otros, apartado 31)".

Concluye el Tribunal diciendo: "Procede, pues, responder a la cuestión del órgano jurisdiccional remitente que el artículo 1 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica en una situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando el segundo empresario utilice importantes elementos de activos materiales utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante, aun cuando el segundo empresario haya manifestado la intención de no hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario".

3.- Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sobre la sucesión de contratas y subcontratas, esta viene recogida en sentencias como la de 10 de junio de 2013, en la que se dice lo siguiente:

"Ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte



patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 -rcud 702/93 -; 29/12/97 -rec. 1745/97 - ;... 10/07/00 -rec. 923/99 - ; 18/09/00 -rec. 2281/99 -; y 11/05/01 -rec. 4206/00 -). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -).

Es decir, en tales supuestos no se aplica el artículo 44 del ET , salvo que se entregue al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación".

La aplicación de dicha doctrina debe llevar a confirmar la tesis de la sentencia de instancia porque falta el presupuesto fáctico que pudiera amparar la conclusión.

Dada la actividad objeto de la contrata, la lectura de contadores de suministro de energía "in situ", sí es necesaria infraestructura que habilite al menos el desplazamiento a los lugares de lectura y aunque podría considerarse la infraestructura marginal y accesorio y que lo verdaderamente relevante es el recurso humano, falta el presupuesto para considerar que se produjo verdadera sucesión de plantillas.

Se necesitaría conocer el concreto momento temporal de la contratación, el número e identidad de los trabajadores contratados ex novo que lo fueron de la empresa saliente y las condiciones de la contratación para hacer una evaluación y sobre esto no se ofreció detalle mas allá de alegación genérica, ni en la demanda ni en la ratificación de la misma.

Falta el sustrato jurídico que habilite la conclusión pretendida y el motivo del recurso también ha de rechazarse.

SÉPTIMO.- También ha de rechazarse la pretensión que debuta "ex novo" en el trámite del recurso en la que los actores interesan que, subsidiariamente y para el supuesto de que no prospere la declaración de improcedencia del despido y su corolario, se les reconozca indemnización en los términos y cuantía establecidos para un despido objetivo.

La novedad en la petición y el principio de congruencia impiden efectuar pronunciamiento sobre esta cuestión.

Así lo ha considerado la Sala en la sentencia del Pleno de 30/12/2016 (Rec. 3593/2016) , en la que hemos dicho: "Como la ortodoxia impone corresponde analizar las cuestiones formales que afecta al orden público procesal sobre cualquier otra de fondo que nos pudiéramos plantear, y en este sentido, alegada por la parte recurrida que la Sala debe respetar el principio de congruencia , debemos resolver esta primera cuestión ya que de rechazarse haría innecesario entrar a conocer el resto de las planteadas que se refieren a la posibilidad de aplicar la Directiva 1999/70 de forma directa.

E.1) Doctrina sobre la congruencia en general:

E.1.a) No podemos olvidar que estos autos se han desarrollado bajo la modalidad procesal de despido, que la actora nunca invocó la aplicación de la Directiva 1999/70, ni alegó en relación a los trabajadores con contrato fijo ningún tipo de discriminación, al menos hasta el momento que esta Sala le dio audiencia para que se pronunciase sobre este asunto, y que por consiguiente la única indemnización que reclamó fue la del despido disciplinario por cuanto consideraba que su contrato era indefinido por haber sido celebrado en fraude de ley y su finalización no ajustada a derecho.

E.1.b) El principio de congruencia de las sentencias, como es sabido, está intrínsecamente vinculado con la causa de pedir, o dicho de otra manera, el Juez o Tribunal no puede ni debe resolver sobre cosas distintas a las pedidas por las partes, en aplicación del principio de justicia rogada. Prohibición que otorga a la causa de pedir un componente jurídico relevante que acota las posibilidades que le ofrece al Juzgador el principio "iura novit curia" (STS Sala 1ª de 7 de octubre de 2002 - rec 923/97 , y 18 de julio de 2012 -rec. 169/09-) y que además si se supera puede llegar a ser sancionado incluso con la declaración de nulidad de la sentencia (art. 218 LEC). No obstante debemos reconocer que a pesar de ello no existe un línea clara que nos sirva para diferenciar el componente jurídico que contiene toda causa de pedir, con la obligación que le impone a los Jueces y Magistrados el principio "iura novit curia", y buena prueba de ello lo tenemos en las sentencias contradictorias que en aplicación de la doctrina **Porras** se han ido dictando hasta este momento por Salas de lo Social de otros tantos Tribunales de Justicia y que más adelante tendremos la oportunidad analizar. Pero que no exista una diferenciación clara no puede significar que las partes puedan alterar libremente la causa de pedir, ni mucho menos que se pueda hacer de oficio, pues no puede haber duda alguna que las partes quedan obligadas a asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos y soportar los errores que hubieren cometido, sin que puedan ser subsanados o corregidos por el Juez o Tribunal que conozca del asunto a resolver (SSTS



Sala 1ª de SSTs 20-10-04, -rec. 2712/98 -, y 18-3-10, - rec. 2621/05 -). Pero es que además, tampoco podrá de oficio el Juzgado o el Tribunal introducir ningún tipo de cuestiones nuevas que puedan alterar la causa de pedir. Cualquier cuestión nueva que altere el objeto de la controversia, atenta contra los principios de preclusión e igualdad de las partes en el proceso (SSTs Sala 1ª de 1 de abril y de 4 de junio de 1994), y de admitirse coloca a la otra parte que la rechaza en una situación indefensa que constitucionalmente ni legalmente está obligada a soportar.

Se podría entonces concluir a la vista de lo que hasta aquí venimos razonando que cualquier cuestión nueva que altere la causa de pedir va en contra del principio de audiencia bilateral y por lo que aquí interesa del de congruencia , y que de concurrir dicha circunstancia siempre se colocaría a la parte que le perjudica en una situación de indefensa. Pero elevar dicha conclusión al rango de categoría sería tanto como no tener en cuenta que la doctrina contenida en las SSTs Sala 1ª de 10 de diciembre de 2013 -rec. 2371/2011 , o la de 9 de diciembre de 2010 -rec. 838/10 -), o de la Sala 4ª de 28 de junio de 2016 - Recud 218/2015-, 20 de abril de 2016 - recud 228/2015- o la de 16 de febrero de 1993 - recud 1203/1992 , entre otras, la matiza indicando que el necesario ajuste entre lo pedido y el fallo de la sentencia ha de ser sustancial, racional y flexible, de tal manera que una sentencia será incongruente si no existe una correlación entre los pedidos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición -"petitum"- y los hechos en que se fundamenta la pretensión deducida -"causa petendi"-. Ahora bien la correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia no debe llevarnos a considerar que este principio exige un "paralelismo servil" entre el razonamiento de la sentencia y las alegaciones o argumentaciones de las partes (SSTs Sala 1ª de 27 de marzo , -rec. 2820/2000-, de 13 de mayo, -rec. 752/2001 -, o la de 1 de abril de 2016, rec 2700/2013 , entre otras), porque de ser así se vería cercenado el principio "iura novit curia", y en consecuencia la obligación de motivar y justificar el fallo. Pero igualmente dicha flexibilidad motivadora nunca podrá ser la causa que justifique alterar ni la causa pedir ni el conjunto de hechos y razones que fundamentan la pretensión, porque estos a diferencia de la obligación de motivar si están integrados en el principio de congruencia .

Por tanto, la congruencia es un principio que no permite a los Jueces y Tribunales, que a instancia de parte o de oficio puedan cambiar la correlación que tiene que existir obligatoriamente entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas contenida en el escrito de demanda o en la contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto, Y por ello se considerará una sentencia será incongruente cuando la relación entre esos dos términos, fallo y pretensiones procesales, quede sustancialmente alterada (SSTs Sala 1ª 30 de abril de 2012 -rec 652/2008 -).

E.2) La congruencia en el proceso laboral:

La jurisprudencia laboral en relación a la aplicación del principio de congruencia aconseja que se haga una interpretación más relajada que la aplicada al proceso civil, consejo que adquiere especial relevancia en el ámbito de las prestaciones de seguridad social, no en otros, donde el juez puede corregir integrando dicha petición con los mínimos previstos en la norma, pues de lo contrario, de ajustarse literalmente al suplico de la demanda, estaría consagrando una renuncia de derechos que el beneficiario no debería soportar (SSTs de 4 de julio de 1958 (RJ 1958 , 2698); 4 de abril de 1961 (RJ 1961 , 1419); 23 de Junio de 1972 (RJ 1972 , 3575); 16 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5144), 6 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3569) ; y 16 de febrero de 1993 - Recud 1203/1992 -, entre otras).

Sin embargo, esa mayor flexibilidad a la hora de fijar los límites de la congruencia , tiene más que ver con el principio irrenunciabilidad de derechos que con que la sentencia que resuelva el proceso sea congruente con lo pedido en la demanda o solicitado en el juicio. Por ello, en el proceso laboral a diferencia del civil el Juzgador está obligado integrar la renuncia y su prohibición en el principio de congruencia , pero de tal modo que esa flexibilidad solo puede venir referida a derechos irrenunciables regulados legalmente y formulados procesalmente como contenido de las pretensiones de las partes. Por el contrario si esos derechos, irrenunciables o no, no han tenido formulación procesal y son ajenos al proceso, el juzgador no podrá plantear el problema de su inclusión en el mismo ni ser objeto de su decisión. La mayor flexibilidad que se permite en el proceso laboral no puede llegar hasta la abolición del principio de congruencia .

E.3) La congruencia versus aplicación sentencia **Diego Porras**.

En relación con la aplicación de la doctrina **Diego Porras** existen diversos pronunciamientos judiciales, que han considerado que no se vulnera el principio de congruencia cuando se procede a resolver "ex officio" y en fase de recurso cuestiones que la parte actora no alegó en su demanda, ni en el juicio, ni más tarde en el recurso de suplicación. En este sentido tenemos las SSTSJ País Vasco de 18 octubre 2016 - rec 1872/2016-, de 18 octubre 2016 . rec 1690/2016, y rec. 1962/16 y la más reciente, de 22 de noviembre 2016 -rec 2146/16-; las del TSJ de Andalucía -Sede en Málaga- de 16 de noviembre de 2016 , rec. 1411, 1515, 1539, y 1750. En cambio ninguna referencia hace al principio de congruencia , por otra parte es lógico, la STSJ de Madrid de



5.10.16 -rec 246/2014 -, dado que es la que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia TJUE de 14.9.2016 y estaba obligada a resolver el recurso en los términos que recogía.

Se puede decir, en resumen, que todas las sentencias dictadas que entran a aplicar la doctrina **Diego Porras** justifican de un modo u otro que no se vulnera el principio de congruencia sobre la base de los siguientes argumentos;

a) Por ser doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 13 de enero de 2014 -Recud 430/13 -, de 14, 15 y 23 de octubre, 25 de noviembre, 4 y 16 de diciembre de 2013 (Recud. 68, 383, 804, 771, 94, y 3270/ 2103, respectivamente), la de 6 de octubre de 2015 Recud. 2592/14, de 4 de febrero de 2016 - Recud 2638/2015 -, a las que habría que añadir las de 24 de junio de 2016 - Recud 217/2013 . Todas estas sentencias se han dictado en torno a la extinción de contratos indefinidos no fijos por cobertura de plazas vacantes, en los que la parte actora de una forma u otra reclamaba, a parte de reclamar la indemnización que pudiese corresponderle por despido, el reconocimiento de la relación como tal. Y atendiendo a esa concreta pretensión, la Sala IV, consideró que era de aplicación el art 49.1-c) del TRLET , o incluso fijó una cuantía indemnizatorio "ex novo". De todas formas que así se hiciera no quiere decir que se hiciera bien, como lo refleja los votos particulares que jalaron la primera sentencia.

La configuración doctrinal que nos precede a pesar de su relevancia en este asunto -aplicación de la sentencia TJUE, y por tanto de la Directiva 1999/70 - es muy débil jurídicamente desde nuestro punto de vista y lo es por varias razones: la primera, porque no es extrapolable a ninguno de los supuestos enjuiciados. La Sala IV del TS en los supuestos de comparación intentaba suplir el vacío que dejaba la configuración jurisprudencial -no legal- del contrato "indefinido no fijo" cuando este se extinguía por cobertura de vacante. En cambio, ahora no se trata de completar el ordenamiento jurídico, sino de aplicar una norma comunitaria de derecho derivado (Directiva 1999/70) que no ha sido correctamente traspuesta en nuestro ordenamiento, cuando existe una norma interna que prohíbe recibir a los trabajadores a la finalización de los contratos de interinidad una indemnización igual que la que perciben otros cuando el contrato temporal no tiene esa misma naturaleza. Por tanto, es evidente que este supuesto no puede servir para justificar la salvaguarda del principio de congruencia .

b) Por aplicación de los principios de concentración y celeridad a los que hace referencia el art. 74 LRJS , ya que de no entrar a conocer del asunto, se le obligaría al actor a acudir a un proceso distinto para su determinación. El principio de concentración en el proceso laboral es más exigente que en el proceso civil lo que implica que todas las actuaciones se deban celebrarse en el mismo proceso, pues en definitiva este principio es la consecuencia de la oralidad y el elemento temporal de la inmediatez, pero no podemos olvidar que viene referido al acto del juicio, y no a las pretensiones que puedan esgrimir las partes, y exige que este se celebre en unidad de acto. Por consiguiente, la concentración nada tiene que ver con la prohibición de resolver cuestiones que no fueron pedidas ni alegadas por las partes en el juicio, que solo corresponden a la congruencia . La celeridad fue concebida para dar una respuesta ágil y rápida a los conflictos que se plantean ante los Juzgados y Tribunales, es decir para evitar en la medida de lo posible dilaciones indebidas. Pero, cuando en realidad se quiere alterar la "causa petendi", y además esto ocurre en fase de recurso, no estamos ante un problema de concentración o de celeridad, estamos ante una simple cuestión nueva no discutida en juicio, ni propuesta en la instancia que impide a la Sala entrar a conocerla salvo que vulnere el principio de congruencia que cabe recordar es la garantía de que la sentencia solo resolverá aquello que las partes sometieron a consideración del Juzgado o Tribunal.

c) También se alega que "quién pide lo más pide lo menos" (SSTS de 14 de junio de 1996 -Recud 3099/1995 -; de 31 de octubre de 2003 - rec 17/2002 -; 8 de junio de 2005 -Recud 150/2004 -; 13 de noviembre de 2007 -Recud 4275/2006 -; y de 17 de julio de 2012, -Recud 203/2011 -, entre otras), pero si bien puede aceptarse este criterio para explicar porque el Tribunal debe entrar a conocer de estos asuntos, ello solo es viable para los supuestos en los que el ordenamiento ofrezca dos o más posibilidades o no lo prohíba expresamente, pero difícilmente se puede aplicar cuando se trata de determinar qué tipo de indemnización debemos aplicar y no es posible elegir una porque el legislador decidió que la finalización de los contratos de Interinidad no otorgan derecho indemnizatorio alguno. Pero, incluso aunque se pudiese aplicar, al no estar determinado en nuestro ordenamiento la cuantía de la indemnización, y poder elegirse entre dos, aunque por diferente naturaleza y contenido, al menos la parte actora debió de algún modo solicitar, si quiera alternativamente, que se le abonara alguna de las previstas en nuestro ordenamiento, aunque vengan referidas a extinciones de contratos que por su naturaleza o causa de extinción, ninguna relación tienen con la causa de finalización del contrato que trae causas estos autos. Tampoco esta Sala considera como argumento válido para poder entrar a resolver el recurso, el hecho, por otra parte incuestionable, que la actora no pudo reclamar esa indemnización alternativa por cuanto hasta el 14.9.2016 no se había declarado el desajuste existente entre nuestra normativa nacional (art. 49.1.c) TRLET) y la comunitaria (Directiva 1999/70), pues reconociendo que la corrección de ese desajuste sólo corresponde al poder legislativo como hemos indicado más arriba, en cuanto que la sentencia



del TJUE es meramente declarativa y solo se refiere a los contratos de interinidad que vinculan a un trabajador/ a con una administración pública, y no al resto de los contratos temporales, la actora pudo, y no lo hizo, solicitar a través de su demanda el abono de una indemnización diferente a la del despido.

No se nos pasa por alto que lo haya hecho en fase del recurso a petición de esta Sala y antes de resolver sobre la aplicación de la doctrina de **Diego Porras**, pero, tampoco podemos olvidar, que lo fue únicamente para salvaguardar el principio de contradicción y audiencia, ni que la empresa se opuso expresamente recordando a la Sala la obligación que tiene de respetar el principio de congruencia -Oposición que impide a este Tribunal entrar a conocer si la actora tiene derecho a percibir una indemnización alternativa que nuestro ordenamiento no ha previsto y que parece que de acuerdo con la sentencia comunitaria podría tenerlo. Por lo que, difícilmente en este asunto se puede aplicar aquí el criterio de quien pide lo más pide lo menos, entre otras cosas porque no se sabe qué es lo menos, y escoger el Tribunal una de las dos posibles indemnizaciones, aunque sea la más favorable para la parte actora, como lo están haciendo las diversas Sala de lo Social que hemos citado, es tanto como atribuirse una facultad que no le corresponde, ya que una cosa es no aplicar una norma por ser contraria a una norma de derecho comunitario y otra muy diferente crear otra, que por los derroteros que se está yendo trata a los trabajadores con contratos temporales que tienen reconocido expresamente el derecho a percibir una indemnización de forma desigual e injustificada que a los que no lo tienen reconocido, situación está que evidente no es la que quiso crear la decisión del TJUE.

d) De igual forma se ha pretendido justificar la congruencia del fallo acudiendo a la doctrina constitucional contenida en las sentencias núm. 14/1985 y 29/82 , o en las sentencias núm. 53/2005 y 56/2007 , pero siendo incuestionable como venimos argumentando que el principio de congruencia ha de aplicarse de forma flexible, también lo es que esa flexibilidad no llega hasta el punto de alterar la acción ejercitada ni modificar la causa de pedir, y menos como en nuestro caso donde existe una previa oposición de la parte recurrida y la quiebra que producirla sería aún más evidente por tratarse de un recurso extraordinario como el de suplicación donde las partes no pueden introducir ninguna cuestión nueva ni el Tribunal aceptarla, sin infringir el principio de congruencia .

En este sentido cabría añadir que el denominado "principio de congruencia flexible" no puede ser llevado más allá de la causa de pedir. Por poner un ejemplo similar al presente caso: en principio -más allá del debate sobre la acumulación de acciones- es del todo evidente que un trabajador temporal al fin de su vínculo contractual podrá instar una demanda en la que se postule la improcedencia del despido y el pago de la indemnización de doce días por año del art. 49,1 c) TRLET ; obviamente en este supuesto si se desestima la acción de despido pero se estima la de cantidad no existirá incongruencia. Sin embargo, es posible que la demanda se articule únicamente como despido, pero que -en forma directa o indirecta- el impago de la indemnización se vincule con la calificación de dicha extinción. En este supuesto podría lógicamente aplicarse el principio de congruencia flexible. De hecho, ésa es la lógica seguida por el TS -y por esta misma Sala- en aquellos supuestos en los que existió demanda contra las finalizaciones de contratos indefinidos no fijos (primero por amortización de plaza y luego por cobertura de vacante) y, aunque se desestimaba la pretensión de improcedencia se condenaba al pago de la correspondiente indemnización por fin contractual. Y no concurre aquí incongruencia en tanto que, en definitiva, en ese tipo de demandas lo que se estaba postulando no era únicamente la oposición al despido, sino también la calificación del vínculo contractual como indefinido. De ahí que concurriera un nexo lógico entre la pretensión de la demanda y el fallo, que no se separaba sustancialmente de la causa de pedir. Ahora bien, aquello que sí es contrario a la congruencia legalmente exigida es que en una demanda meramente de despido por un fin de un contrato temporal que se imputa como fraudulento el órgano judicial desestime dicha pretensión pero indique que comprobadas las actuaciones se ha observado la inexistencia del pago de la indemnización del art. 49-1 c) TRLET y condene al empleador a su pago. En ese escenario es del todo evidente que existiría un apartamiento evidente entre la causa de pedir de la demanda y la sentencia» qué incurriría, por tanto, en incongruencia. Pues bien, mutatis mutandis, algo equiparable ocurriría si la Sala aplica en el presente caso una indemnización que nadie ha demandado. Cabrá reseñar, en este sentido, que la acción de despido no va destinada a obtener una condena al pago de una indemnización, sino a la calificación del acto extintivo, con condena a la empresa a una obligación de hacer (la readmisión, en el caso de nulidad, o al ejercicio de la opción en el supuesto de improcedencia sin inversión de dicha opción) siendo la indemnización un resultado de mera aplicación de la legalidad; de ahí que, como se ha señalado por la doctrina casacional, no existe impedimento para que en trámite de aclaración se modifique un error material en la indemnización, pero sin que se pueda mutar la calificación del despido (portadas: STS UD 18-04.2016-Rec. 1921/2014),

No resulta, por tanto, posible aplicar el principio de congruencia flexible más allá de la causa de pedir, aunque entendida esta en un sentido amplio y flexible. No puede, por tanto, la Sala condenar al pago de una indemnización que nadie ha pedido y que no tiene vínculo directo o indirecto con la pretensión de despido. Una respuesta contraria crearía una grave indefensión a la parte demandada, en tanto que se vería impedida - ni tan siquiera tras el trámite de audiencia conferido- a poder oponer y probar hechos obstativos, excluyentes



o impeditivos, entre ellos excepciones materiales (por ejemplo: la prescripción) que sí podría haber articulado en el supuesto de una demanda de cantidad acumulada o que podrá formular, en su caso, en una nueva acción de cantidad.

F) Conclusión:

La aplicación de todo lo que hasta aquí hemos dicho y razonado al supuesto enjuiciado en el que la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina **Porras**, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiese corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiese tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto **Diego Porras** contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado".

Los razonamientos que preceden determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

OCTAVO.- Y sin que tampoco quepa pronunciamiento sobre la pretensión de la codemandada INSPECCIÓN Y CONTROL DE INSTALACIONES, S.A., sobre la excepción de caducidad de la acción, que ya desestimó la sentencia y que, ahora, reproduce en el trámite de impugnación del recurso de los actores porque la única vía posible para revisar aquél pronunciamiento era la del recurso de suplicación y no la heterodoxa e indebida por la que pretende someterla a la consideración de la Sala.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado don SANTIAGO VITAS BUJARRABAL, en nombre y representación de los 21 actores D. Juan Carlos , D^a Blanca , D^a Gloria , D. Benjamín , D. Esteban , D^a Remedios , D. Jorge , D. Rafael , D. Carlos José , D. Alfonso , D^a Aurelia , D. Darío , D. Gumersindo , D. Maximiliano , D^a Gracia , D. Tomás , D. Pedro Enrique , D^a Rosana , D. Casimiro y D. Florentino , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 de los de Barcelona, de 5 de octubre de 2.016 , dictada en los autos nº 45/2014, a instancia de los actores contra UMANO SERVICIOS INTEGRALES S.L., GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A., INSPECCIÓN Y CONTROL DE INSTALACIONES S.A., CTC EXTERNALIZACIÓN, S.L., ACTIVA INNOVACIÓN Y SERVICIOS, S.A.U. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, confirmamos la resolución recurrida en todos sus extremos.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo



anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL GENERAL