



Roj: **STSJ AS 3812/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:3812**

Id Cendoj: **33044340012017102776**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **2623/2017**

Nº de Resolución: **2837/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FELIX LAJO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02837/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33037 44 4 2017 0000144

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002623 /2017

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 140/2017

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Gabriela

ABOGADO/A: LUIS DAVID SÁNCHEZ GARCÍA

RECURRIDO/S D/ña: DIRECCION000 CB (Alejandro Y Borja), LIMPIEZAS VILZAR, SL

ABOGADO/A: SARA GÓMEZ MARTÍNEZ, FRANCISCO GARCÍA VALTUEÑA

Sentencia nº **2837/2017**

En OVIEDO, a catorce de diciembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN y D. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, 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 DE SUPPLICACIÓN NÚM. 2623/2017, formalizado por el Letrado D. Luis David Sánchez García, en nombre y representación de D^a Gabriela , contra la sentencia número 350/2017 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de MIERES en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 140/2017, seguido a instancia de la citada recurrente frente a las empresas DIRECCION000 COMUNIDAD DE BIENES: Alejandro y Borja , representada por la Letrada D^a Sara Gómez Martínez y LIMPIEZAS VILZAR, SL, representada por el Letrado D. Francisco García Valtueña, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Gabriela presentó demanda contra las empresas DIRECCION000 COMUNIDAD DE BIENES: Alejandro y Borja , así como LIMPIEZAS VILZAR, SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 350/2017, de fecha seis de junio de dos mil diecisiete .

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

1º.- La actora, Gabriela , ha venido prestando servicios para la empresa LIMPIEZAS VILZAR con la categoría de limpiadora. Dicha empresa le tiene reconocida una antigüedad al 19 de diciembre de 2011.

2º.- Desde el 1 de enero de 2017 la empresa DIRECCION000 COMUNIDAD DE BIENES: Alejandro y Borja , viene prestando servicios de limpieza en las instalaciones de GUSTI GARCIA, sito en Piedramuelle, 23, Oviedo.

3º.- Anteriormente a dicha fecha LIMPIEZAS VILZAR realizaba ocasionalmente tareas de limpieza general en dichas instalaciones, destinando a ello distintos trabajadores en cada momento, en alguno de los cuales prestó servicios la demandante.

4º.- La empresa VILZAR notificó a la empresa PROLIMP a los efectos subrogatorios la antigüedad general que la demandante posee en la empresa.

5º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 23 de enero de 2017, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 30 con el resultado de intentado sin avenencia; tuvo entrada escrito de demanda en este Juzgado el 13 de febrero de 2017.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda deducida por Gabriela contra la empresa DIRECCION000 COMUNIDAD DE BIENES: Alejandro y Borja , debo declarar y declaro no haber lugar a ella, absolviendo, en consecuencia a la empresa demandada de los pedimentos en su contra pretendidos.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Gabriela 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 16 de octubre de 2017.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30 de noviembre 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.- RECURSO PLANTEADO.

Interpone recurso la trabajadora demandante, doña Gabriela , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres en fecha 6 de junio de 2017 , que desestima la demanda interpuesta contra la empresa DIRECCION000 COMUNIDAD DE BIENES: Alejandro y Borja . El recurso contiene un motivo de revisión fáctica y uno de censura jurídica.

La empresa DIRECCION000 C.B., ha impugnado el recurso de la trabajadora, vertiendo las alegaciones que obran en autos.

SEGUNDO.- REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS.

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



del hecho probado primero, (quiere decir tercero), para hacer constar lo siguiente: " LIMPIEZAS VILZAR tenía contratados los servicios de limpieza general en dichas instalaciones siendo la demandante la trabajadora que se ocupaba de esa tarea en el momento del cambio de contrata".

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa no resulta admisible la revisión de hechos probados interesada por la trabajadora recurrente, por los razonamientos siguientes:

La revisión fáctica se apoya exclusivamente en la prueba de interrogatorio y la prueba testifical, que no son aptas para alterar el relato fáctico. El artículo 193.b) LRJS únicamente admite la prueba documental y la prueba pericial.

TERCERO.- CENSURA JURÍDICA.

En el segundo motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS , se denuncia por la empresa recurrente infracción del artículo 18 del Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias; alegando: 1º) que está ejercitando una acción basada en el citado precepto, que contempla la obligación de subrogación del personal por parte de la empresa entrante, por lo que la sentencia yerra al entender cumplido el plazo de caducidad de 20 días de la acción de despido; y 2º) que reconocido en los hechos probados la existencia de una relación laboral entre ella y LIMPIEZAS VILZAR, que posteriormente es adjudicada a la codemandada DIRECCION000 C.B., en virtud del artículo 18 del convenio del sector de limpieza procede reconocer sus derechos laborales en los términos establecidos en el suplico de la demanda.

CUARTO.- RAZONAMIENTO Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

Partiendo del inalterado relato de hechos probados, el motivo de censura jurídica ha de ser desestimado por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- El Magistrado de instancia en su sentencia deja claro que la trabajadora ha desistido respecto de LIMPIEZAS VILZAR S.L., y que únicamente acciona frente a DIRECCION000 COMUNIDAD DE BIENES: Alejandro y Borja , en calidad de empresa entrante en el servicio de limpieza de las instalaciones de Silvia , sitas en Cuturrasú, Langreo.

La sentencia de instancia desestima la demanda por considerar que *la trabajadora no tiene acción, porque el interés jurídico de la misma frente a la negativa de la empresa, que constituye despido, sólo es tutelable a través*



de la acción impugnatoria del mismo, que no se ha deducido. Añade que si hubiera ejercitado la acción correcta, la de despido, la misma estaría caducada.

Sin embargo, a continuación entra en el fondo del asunto y nuevamente desestima la demanda con dos argumentos: 1º) que no se ha acreditado una prestación de servicios regular en el centro de trabajo al que se refiere la demanda, sino ocasional y esporádica, en los que participaba no sólo la actora sino además otros trabajadores de la empresa VILZAR; y 2º) que la empresa VILZAR no cumplimentó de buena fe la obligación que como empresa saliente le compete en orden a una identificación precisa de la antigüedad de la trabajadora en el centro de trabajo.

B.- Insiste la trabajadora recurrente en que no está ejercitando una acción de despido, sino una acción reclamando la subrogación por parte de DIRECCION000 C.B. al amparo del artículo 18 del Convenio colectivo del sector de limpieza de edificio y locales, de ahí que no se pueda hablar de caducidad de la acción de despido.

Pero la sentencia de instancia lo que está afirmando es precisamente que la parte actora debió accionar por despido, ante la decisión de no subrogación por parte de DIRECCION000 C.B., y que al no hacerlo su demanda debe ser desestimada. La decisión tomada por el Magistrado a quo resulta ajustada a derecho.

La sentencia de instancia recuerda la doctrina que rechaza el "despido parcial", fijada por el TS en su sentencia de fecha 20 de noviembre de 2000, dictada en unificación de doctrina, (que no entra aquí en juego ante el desistimiento respecto de la empresa saliente):

< /o:p>

"Hay que advertir que esta Sala ya se ha pronunciado sobre un tema similar en su sentencia de 7 de abril de 2000 EDJ 2000/7052, llegando a una conclusión coincidente con la sentencia impugnada. En efecto, declara que la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única (arts. 1, 4 y 5 del Estatuto de Los Trabajadores, EDL 1995/13475 q) -no siendo admisible la existencia del llamado despido parcial- aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empresario, que cuando afectan a la jornada, pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 de la norma antes citada EDL 1995/13475. En el caso examinado, la decisión de la empresa de reducir la jornada de la recurrente en determinadas horas semanales, pudo constituir, como se ha dicho, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero en modo alguno un despido al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y, por el contrario, mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre la trabajadora y la empresa".

Se citan además numerosos pronunciamientos judiciales que establecen que la acción que debe ejercitarse en caso de negativa de subrogación por parte de la empresa entrante es la acción de despido.

Como afirmamos en nuestra sentencia de 28 de noviembre de 2014, recurso 2267/2014, ponente Alejandro Criado:

y siendo ello así procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia puesto que al no producirse la subrogación ello constituye un despido respecto de la jornada tiempo parcial por parte de la empresa codemandada Limpiezas y Servicios la Campa SL, con las consecuencias de ello derivadas,

Debemos, por tanto, reiterar nuevamente que la decisión de rechazar la subrogación de la demandante por parte de DIRECCION000 C.B. constituyó un auténtico despido, frente al que se debió ejercitar la acción de despido a través del procedimiento que contemplan los artículos 103 y ss. LRJS. Al no hacerlo así procede la desestimación de su demanda.

No se trata de una simple inadecuación de procedimiento que pueda subsanarse en la instancia por la vía del artículo 102 LRJS. Téngase en cuenta que la parte actora insiste en que está ejercitando una acción de subrogación por el cauce de procedimiento ordinario, - precisamente para evitar un posible pronunciamiento de caducidad de la acción de despido-.

C.- A mayor abundamiento, la sentencia de instancia introduce dos argumentos de fondo para desestimar la demanda: 1º) que no se ha acreditado una prestación de servicios regular en el centro de trabajo al que se refiere la demanda, sino ocasional y esporádica, en los que participaba no sólo la actora sino además otros trabajadores de la empresa VILZAR; y 2º) que la empresa VILZAR no cumplimentó de buena fe la obligación que como empresa saliente le compete en orden a una identificación precisa de la antigüedad de la trabajadora en el centro de trabajo.

El escrito de recurso no contiene ninguna censura jurídica concreta frente a estos dos argumentos, por lo que el recurso debe ser igualmente rechazado. La mera invocación del artículo 18 del convenio aplicable, sin



ningún otro razonamiento, no constituye una auténtica censura jurídica, sin que sea posible que este Tribunal construya de oficio el recurso.

A meros efectos didácticos queremos recordar que el incumplimiento de la obligación convencional de informar a la empresa entrante, implica que la responsabilidad por el despido recae exclusivamente en la empresa saliente.

Se trata de una cuestión ya resuelta por el TS desde su sentencia de 13 de febrero de 2013, ponente Antonio Martín Valverde, que reitera la doctrina unificada contenida en la sentencia 19 de diciembre de 2012.

De manera más reciente, el TS ha reiterado este criterio, en su sentencia de fecha 31 de marzo de 2016, recurso 2282/2014, ponente Antonio Sempere, remitiéndose a la sentencia de 16 de diciembre de 2014, y haciendo constar lo siguiente:

"Conforme hemos expuesto en tales ocasiones, si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo tampoco se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado, más en concreto del despido en el caso de que se haya producido. Y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; ...; 20/01 / 02 -rec. 4749/00 -; 29/01/02 -rcud 4749/00 -; 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -).

A destacar que otra solución se impuso -por diversidad de normativa convencional- en las sentencias de 20/09/06 -rec. 3671/05-, para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 -rcud 381/06 -, para empresas de seguridad). Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -).

Debemos, por todo lo expuesto, desestimar el recurso de la trabajadora demandante y confirmar la sentencia recurrida, sin imposición de costas, - artículo 235 LRJS -.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación de doña Gabriela y CONFIRMAMOS la sentencia de fecha 6 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres; sin imposición de costas.

Medios de impugnación

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

Depósito para recurrir

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

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

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



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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ