



Roj: **STSJ GAL 2772/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:2772**

Id Cendoj: **15030340012014102041**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2014**

Nº de Recurso: **1271/2014**

Nº de Resolución: **3296/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN NUÑEZ FIAÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2013 0001069

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001271 /2014 - IS

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000345 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: GRUPO SIFU GALICIA SA

Abogado/a: BEATRIZ RODRIGUEZ HERMIDA

Procurador/a: MARIA DOLORES LUISA VILLAR PISPÍEIRO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FOGASA, LIMPIEZAS EL POLIGONO SL , UNIQUE INTERIM EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL,S.A.U. , AREAS SA , Adolfiná

Abogado/a: , , JESUS GONZALEZ DEL YERRO MEDINA , MANEL FRESCO GIMENO , ROSA MARIA VILA AMARELLE

Procurador/a: , , , ,

Graduado/a Social: , , , ,

ILMOS/AS SRS/AS MAGISTRADOS/AS

Dª BEATRIZ RAMA INSUA

Dª RAQUEL VICENTE ANDRES

Dª CARMEN NUÑEZ FIAÑO

En A CORUÑA, a doce de Junio de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 0001271 /2014, formalizado por el/la D/Dª Felicísima , en nombre y representación de GRUPO SIFU GALICIA SA, contra la sentencia número 500 /2013 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000345 /2013, seguidos a instancia de Adolfinia frente a FOGASA, LIMPIEZAS EL POLIGONO SL, GRUPO SIFU GALICIA SA, UNIQUE INTERIM EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL,S.A.U., AREAS SA,siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª MARIA DEL CARMEN NUÑEZ FIAÑO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Adolfinia presentó demanda contra FOGASA, LIMPIEZAS EL POLIGONO SL, GRUPO SIFU GALICIA SA, UNIQUE INTERIM EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL,S.A.U.,AREAS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 500 /2013, de fecha tres de Diciembre de dos mil trece

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- La demandante D Adolfinia , presta servicios en la empresa demandada LIMPIEZAS EL POLIGONO SL en las instalaciones que tienen AREAS SA en la autopista AP-9 KM 81, desde el 18 de abril de 2005, con la categoría profesional de limpiadora y debiendo percibir un salario de 906,14 / mensuales con prorrateo de las pagas extras, (descontando a efectos de salario indemnizatorio la cantidad de 46 de plus de transporte lo que a efectos indemnizatorios determinaría un salario de 860), por una jornada de 27 horas semanales./ Segundo.- El pasado día 24 de febrero de 2013 se le comunico verbalmente que no volviese a trabajar al ser cesada la entidad en la adjudicación de los servicios de limpieza, recibiendo posteriormente el 2 de marzo de 2013 burofax de limpiezas el polígono en el que le comunica el despido objetivo en virtud de causas productivas alegando la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, con efectos a 2 de marzo de 2013, tras haber cesado en la prestación de servicios en el centro Area de TEO y Aras de San Simón, por resolución de contrato, en la carta de sindica que la resolución se debe a una decisión unilateral del cliente que pasará a cubrir el servicio con su propio personal y en el marco económico actual no puede ofrecer la posibilidad de reubicarla en otro puesto viéndose obligados a adaptar su estructura a la reducción de la carga de trabajo que supone la pérdida de un cliente. En el mismo escrito y en relación a la entrega de la indemnización correspondiente se expone que debido a la situación económica que parece y absoluta falta de liquidez no pueden poner a su disposición la cuantía de la indemnización, quedando pendiente de abono junto con la liquidación./ Tercero.- En virtud de sentencia de fecha 1 de octubre de 2012 dictada en autos nº 181/2012, del Juzgado nº 1 de esta localidad, de modificación de las condiciones de trabajo, siendo actora Adolfinia y demandada LIMPIEZAS EL POLIGONO SL, se acordó: Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la demanda presentada por Adolfinia contra la empresa LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L. y, en consecuencia, DEBO DECLARAR y DECLARO nula la medida aquí impugnada y notificada a la actora en fecha 08 de febrero de 2012, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la empresa demandada a dejar sin efecto la misma y a reponer a la trabajadora en las condiciones de trabajo que regían antes de su adopción (horario, salarios, ...).En los hechos probados primero y segundo se dispuso: PRIMERO.- La demandante, Adolfinia , mayor de edad y con D.N.I. número NUM000 , presta servicios para la empresa demandada LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L., a tiempo parcial (27 horas semana/es), dentro del grupo profesional de limpiadora y percibiendo un salario mensual de 853,66 euros, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Que la actora presta sus servicios para la empresa demandada a través de una contrato que ésta última tiene con la mercantil AREAS, S.A. en las instalaciones sitas en la Autopista AP-9. SEGUNDO.- El día 01 de febrero de 2012 la empresa demandada LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L. emite una carta de modificación sustancial de las condiciones de trabajo dirigida a la trabajadora ahora demandante con el siguiente tenor '.. Santiago, a 01 de febrero de 2012. Por medio de la presente comunicación ponemos en su conocimiento que la dirección de la empresa se ve en la obligación de reducir el horario de trabajo que viene usted realizando, según exponemos a continuación: a.- Su anterior horario (... un total de 27 horas semanales con turnos de 09:00 horas a 13:00 horas de lunes a viernes y con turnos entre el de 09:00 horas a 13:00 horas y el de 15:00 horas a 18:00 horas los sábados y domingos. Su nuevo horario (... un total de 13,5 horas semanales con turnos de 09:00 horas a 11:00 horas de lunes a viernes y turnos entre el de 09:00 horas a 11:00 horas y el de 16:00 horas a 17:30 horas los sábados y domingos. Las razones que fundamentan esta modificación en sus condiciones de trabajo, según artículo 41. 1.a del Estatuto de los Trabajadores , son debidas a exigencias de nuestro cliente, AREAS, reduciendo el servicio



de limpieza de sus instalaciones al 50% temporalmente por una duración de tres meses, esperando volver a las condiciones hasta ahora contratadas. La reducción de/horario entrará en vigor el día 06/10/2012. La reducción en el horario ha sido comunicada al representante legal de los trabajadores. Lo que se le comunica por escrito a los efectos oportunos. ... "Dicha resolución es firme y está en trámite de ejecución./ Cuarto.- En virtud de sentencia de fecha 31 de julio de 2013 dictada en autos nº 111/2013, del Juzgado nº 1 de esta localidad, de modificación de las condiciones de trabajo siendo actora Adolfinia y demandada LIMPIEZAS EL POLIGONO SL se acordó: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por DOÑA Adolfinia , contra LIMPIEZAS EL POLÍGONO S.L., debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de la medida de reducción de la jornada de trabajo de la demandante adoptada por la mercantil LIMPIEZAS EL POLÍGONO S.L. notificada por escrito de fecha 31/12/2012, y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la mercantil demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer a Ja demandante en su anterior jornada de trabajo de 21 horas semanales con los mismos horarios que venía realizando y las retribuciones correspondientes, sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales que se sigue para la ejecución de la sentencia nº 35812012 dictada en los autos Nº 78112012 de este Juzgado, y asimismo, debo condenar y condeno a la mercantil demandada a abonarle a la actora los daños y perjuicios ocasionados por la decisión empresarial durante todo el tiempo en que produjo efectos, ocasionados desde la fecha en que operó la reducción el 01.02.2013, y que se concretan en el pago de las retribuciones correspondientes a la jornada reducida de 7 horas semanales desde la fecha de la reducción y hasta que se produzca la reposición de la actora a su anterior jornada de trabajo de 21 horas semanales, con regularización de su nómina y abono de las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. Dicha resolución es firme. / Quinto.- La entidad AREAS SA y LIMPIEZAS EL POLIGONO SI- suscribieron un contrato en fecha 1 de enero de 2010 de arrendamiento de servicios de limpieza. En fecha 24 de enero de 2013 ARFAS SA le comunica a LIMPIEZAS EL POLIGO SL, que en virtud de lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato suscrito entre ellas rescinden de forma unilateral el contrato a fecha 24 de febrero de 2013, previo aviso de un mes de antelación. Por escrito de fecha 21 de febrero la actora interesa de la demandada AREAS SA se le comunique por escrito en qué situación queda tras finalizar LIMPIEZAS EL POLIGONO su relación laboral con ellos el 24 de febrero de 2013, bien si quedan subrogadas en la nueva empresa o en la propia Areas SA si es ella la que va a realizar el servicio de limpieza. Areas SA contesta a dicho escrito en fecha 13 de marzo de 2013, indicándole que debe en todo caso dirigirse a la entidad LIMPIEZAS EL POLIGONO SL, para solicitarle información acerca de las condiciones laborales siendo ellos una empresa dedicada a la explotación de áreas de Servicio y hostelería quedando la actividad de limpieza fuera de sus actividades principales./ Sexto.- ARFAS SA firmo diferentes contratos de puesta a disposición de trabajadores con la entidad UNIQUE INTERIM ETT, SAU para efectuar las funciones de limpieza en el centro de trabajo sito en la autopista AP9, KM 81 Area de leo con las siguientes trabajadoras: Marta : En virtud de contrato de fecha 26/02/2013 con una duración a 3/03/2013, prorrogado el 4/3/2013 hasta el 10/3/2013. En virtud de contrato de fecha 11/03/2013 con una duración a 17/03/2013. En virtud de contrato de fecha 25/03/2013 con una duración a 31/03/2011 En virtud de contrato de fecha 01/04/2013 con una duración a 31/05/2013. En virtud de contrato de fecha 01/06/2013 con una duración a 09/06/2013, prorrogado desde el 10/06/2013 a 30/06/2011. Marí Juana : En virtud de contrato de fecha 18/03/2013 con una duración a 24/03/2013, prorrogado desde el 25/03/2013 a 31/03/2013. En virtud de contrato de fecha 01/04/2013 con una duración a 31/05/2013. Esperanza : En virtud de contrato de fecha 01/06/2013 con una duración a 09/06/2013, prorrogado desde el 10/06/2013 a 31/06/2013./ Séptimo.- En fecha 1 de julio de 2013 la entidad AREAS SA y GRUPO SIFU GALICIA SL, firman contrato civil de prestación de servicios de limpiezas de Areas de Servicio de Compostela, siendo su objeto la limpieza en las instalaciones de áreas de servicio (cláusula 1º), siendo los horarios de trabajo: En julio y agosto: Turno 1: de 8:00 a 11:00 Turno 2: de 14:00a 17:00 Turno 3: de 20:00 a 22:00 De septiembre a junio: Turno 1: de 8:00 a 11:00 Turno 2: de 15:00a 17:00 Turno 3: de 20:00 a 22:00./ Octavo.- En la mercantil demandada, LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L., dedicado a la actividad de limpieza de edificios y locales, es de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales para la provincia de A Coruña. En la demandada AREAS SA, se dedica explotación de áreas de servicio y hostelería (doc. nº 5 de su ramo de prueba) es de aplicación el convenio de hostelería de A Coruña. En la demandada GRUPO SIFU GALICIA SA el objeto social lo constituye realizar un trabajo productivo, participado regularmente en las operaciones de mercado y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste de personal y social que requieran los trabajos minusválidos, a la vez que sea un medio de integración de los mismo en el régimen de trabajo normal, constituyendo a este fin, un Centro Especial de Empleo (doc. nº 3 de su ramo de prueba) y es de aplicación el Convenio Colectivo gallego de centros especiales de empleo (aportado por la parte como documental)./ Noveno.- La actora instó acto de conciliación ante el SMAC frente a AREAS SA y Limpiezas el Polígono SL por despido, en virtud de papeleta presentada el día 12 de marzo de 2013 y que se celebró el día 1 de abril de 2013, con el resultado de intentada sin efecto./ Décimo.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical .



TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la excepción de caducidad de la acción, ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada a instancia de D^o Adolfinia , representada por la Letrada Sra. Rosa Vila, contra la entidad LIMPIEZAS EL POLIGONO SL, y FOGASA que no comparecieron pese a estar debidamente citadas, y contra las entidades AREAS SA, asistida por el Letrado Sr. Fresco Jimeno, contra UNIQUE INTERIM ETT SAU, asistida por el Letrado Sr. González del Hierro Medina y contra GRUPO SIFU GALICIA SL, representada por D^o Andrea y asistida por la Letrada Sra. Rodríguez Hermida, sobre despido objetivo individual, y en consecuencia declaro la IMPROCEDENCIA del despido, ABSOLVIENDO a la entidad AREAS SA y UNIQUE INTERIM ETT SAU de todos los pedimentos efectuados en su contra, con CONDENA solidaria de las mercantiles demandadas LIMPIEZAS EL POLIGONO Y GRUPO SIFU GALICIA SL, a que readmita inmediatamente a la trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha efectiva del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de 28,27 euros diarios, o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono a la demandante de una indemnización por despido improcedente que se fijara en el punto 2^o de este fallo.

La opción por el empresario entre la readmisión del trabajador y la indemnización por despido improcedente deberá ejercitarse en el plazo de 5 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado se entenderá que procede la readmisión. 2^a.- La indemnización según lo dispuesto en el número anterior, sería de 9.703,68 .3^o.- No ha lugar a condenar en esta instancia al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad en los términos del artículo 33 del ET .

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por GRUPO SIFU GALICIA SA 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 esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18.03.2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12.06.2014 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.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión deducida en la demanda, interpone recurso la representación letrada de la empresa GRUPO SIFU, cuyo primer motivo de suplicación, ampara en la letra a) del art. 191 LPL , por infracción de normas adjetivas causantes de indefensión, interesando así la nulidad de la resolución que impugna, con la reposición de los autos al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia. En concreto, el letrado de la parte recurrente alega que la sentencia recurrida produce indefensión por infracción de los arts. 97 LRJS , 248.3 LOPJ , y 208.2 y 209 LEC , por estimar esencialmente que la sentencia infringe el deber de motivación impuesto por el art. 120 CE , ya que el contenido del relato fáctico resulta insuficiente. El segundo motivo se articula al amparo de la letra c) del 191 LPL, denunciando infracción del 64.2.b LRJS en relación con el 103, así como el artículo 59.3 ET y 1141 CC y jurisprudencia aplicable. Con igual cobertura, alega la falta de legitimación pasiva, denunciando la infracción de los artículos 44 , 53 ET y jurisprudencia.

SEGUNDO.- Todos los motivos del recurso han sido analizados y resueltos en nuestra reciente sentencia de 10 de junio de 2014 (recaída en recurso promovido por otra trabajadora de la empresa en idéntica situación a la de la actora) en sentido contrario a las pretensiones del recurrente. Así, dijimos en aquella resolución y reproducimos ahora: " *El motivo, sin embargo, se construye de manera absolutamente errónea en el aspecto procedimental, al llevar ya años en vigor la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Ello, no obstante, no debería impedir el examen y decisión sobre el recurso el mismo si, como manda el art. 196.2 y 3 LJS, el motivo es expresado con suficiente precisión y claridad, se razona su pertinencia y fundamentación y se citan las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas.*

No obstante, el motivo no se acepta. La nulidad de actuaciones, como remedio extraordinario, es de excepcional aplicación, siendo preciso para su apreciación que, además de producirse una efectiva y real violación de una norma de procedimiento de carácter esencial, se haya producido indefensión, lo que no acontece en el supuesto litigioso. Por otro lado, la infracción que el recurrente denuncia pretende apoyarse en una presunta ausencia y defectuosa consignación de hechos probados; sin embargo, tanto la posible omisión de datos como la hipotética errónea apreciación en el relato fáctico (con inclusión de juicios de valor o conceptos predeterminante) puede subsanarse a través del cauce previsto en el apartado b) del art. 193, de la Ley Rituaria Laboral , haciendo uso de la petición revisora en el mismo recogida. De este modo, la parte recurrente puede subsanar los defectos en los



que, a su entender, hubiere podido incurrir la sentencia de instancia. A este respecto, constituye jurisprudencia constante y reiterada de esta Sala (por todas, sentencia de 4 de noviembre de 2005 [rec. núm. 4815/2005]) aquella que entiende que la valoración sobre la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados constituye facultad privativa de la Sala, no siéndole dable a la parte pretender el efecto anulatorio de la sentencia con el fundamento de que determinados elementos hubieran tenido que acceder al factum, sino que a la parte recurrente corresponde tan sólo la posibilidad que le atribuye el art. 193 b) de la LJS, esto es, la de intentar modificar, añadir o suprimir alguno de los hechos declarados probados para el supuesto de entender que la versión ofrecida por el Magistrado incurre en error o ha omitido datos que sean decisivos para el signo del fallo. De esta forma, resulta incuestionable que el recurrente no puede pretender la nulidad de la sentencia aduciendo defectos (ausencia y defectuosa consignación de hechos) que en su mano estaba corregir, debiendo indicarse, además, que las deficiencias que la Sala aprecia no son sustanciales y en forma alguna impiden dictar sentencia cabal sobre el fondo. Es más, la indefensión aducida en el recurso (proscrita, en efecto, por el art. 24 CE) no nace de toda infracción de las reglas procesales, sino tan sólo de aquella que se traduce en privación o limitación real del fundamental derecho de defensa, de manera que la prohibición de indefensión tiene carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar lo que a su derecho convenga. Por otro lado, es reiterada la doctrina mantenida por esta Sala de lo Social aquella que indica que el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones. Ello no quiere decir, como también ha sentado la Sala, que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente, de modo que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico. Sentado lo anterior, es claro que en el presente caso no concurre esa notoria insuficiencia de hechos probados, que impediría a la Sala entrar a conocer del fondo del recurso, puesto que la sentencia proporciona datos suficientes (tanto en el relato fáctico como en los fundamentos con valor fáctico) para resolver el litigio.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de suplicación (de nuevo erróneamente amparado), con sede en el art. 191 c) LPL , se denuncia infracción del art. 64.2 b) LJS, en relación con el art. 103 de esa misma norma , así como de los arts. 59.3 ET y 1141 CC , y doctrina del TS que cita, por estimar, en esencia, que la acción de despido respecto a la recurrente estaría caducada.

El motivo, sin embargo, no puede prosperar. Para la debida resolución del litigio son de destacar los siguientes hechos: 1º) la actora ve extinguido su contrato el día 2 de marzo de 2013 por causas objetivas, alegando la empresa que el despido se debe a decisión unilateral del cliente que pasará a cubrir el servicio con su propio personal; 2º) la empresa AREAS, S.A. firmó desde la fecha de rescisión del contrato con LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L. diferentes contratos de puesta a disposición de trabajadores con una ETT para efectuar funciones de limpieza en el centro de trabajo de la actora durante casi seis meses; 3º) el 1 de julio de 2013 la empresa AREAS, S.A. y la recurrente firman contrato civil de prestación de servicios de limpieza de áreas de servicio de Compostela, entre las que se encuentra aquella en la que prestaba servicios la actora; 4º) la actora presentó demanda en fecha 3 de abril de 2013 contra las empresas AREAS, S.A. y LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L.; y 5º) admitida a trámite la demanda, el día del juicio (20 de septiembre de 2013) se acuerda su suspensión para ampliar la demanda contra las empresas UNIQUE INTERIM, S.A.U. y GRUPO SIFU GALICIA, S.L.

Por lo tanto, incontrovertido el hecho de que ha transcurrido respecto a la recurrente el plazo de caducidad de 20 días que señala el art. 59.3 ET , y discutiéndose la existencia de una sucesión de empresa entre las empresas demandadas, lo que debe determinarse es si la previsión contenida en el art. 64.2 b) LJS y art. 103.2 LJS enerva esa imposibilidad legal de accionar frente a la empresa recurrente. Y la respuesta debe ser necesariamente positiva, por las razones que inmediatamente se expondrán. El art. 64.2 b) LJS lo único que hace es excusar del requisito preprocesal de la conciliación previa en determinados supuestos (cuando iniciado el proceso fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas), pero sólo eso. El plazo de caducidad de las acciones por despido, por su parte, resulta improrrogable, sólo tolera suspensiones, y únicamente se interrumpe cuando se haya promovido "demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero" (art. 103.2 LJS).

Es decir, que el art. 64.2 b) LJS lo único que hace es excusar del requisito de la conciliación previa por razones de economía procesal en aquellas ocasiones en las cuales, por ejemplo, se constata la presencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario. Del mismo modo, la única manera de que el plazo de caducidad pueda computarse de nuevo resulta cuando la demanda por despido se haya promovido "contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero" (art.



103.2 LJS), debiendo, para concretar si el error cometido le resulta o no imputable al trabajador, comprobarse si éste tenía o no suficientes elementos de conocimiento, desde el principio, para saber quién era el empresario que le despedía, o si concurrieron o no circunstancias que pudiesen inducir a error al trabajador.

En esta ocasión, sin embargo, no puede afirmarse que nos encontremos frente a un supuesto de hecho en el que resulten aplicables las previsiones del art. 103.2 LJS (ni, obviamente, el art. 64.2 b] LJS), ya que la norma exige para ello, en primer lugar, error en la persona del empresario, y además que el demandante logre acreditar tal circunstancia, esto es, que pruebe con posterioridad al despido, sea "en el juicio o en otro momento anterior del proceso", que el empresario lo era un tercero y el demandado un mero empresario aparente. En esta ocasión, sin embargo, la figura del empresario aparente resulta inexistente, ya que en el momento de la extinción contractual el empresario real de la actora era la empresa LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L., sin que quepa apreciar la presencia de un empresario oculto, es decir, que el empresario que la despedía era realmente su empleador, sin que exista errónea atribución en la persona del empresario.

Pese a ello, pese a la inaplicación del (en apariencia) único precepto que permite la interrupción del plazo de caducidad de las acciones por despido, lo cierto es que existe otro supuesto (que encaja perfectamente con el supuesto de hecho) en el cual la acción por despido, pese a la superación del plazo legal, no puede entenderse caducada; supuesto construido por la jurisprudencia laboral a lo largo de los últimos lustros. Esa posibilidad deriva de la apreciación por parte del juzgador de que la sucesión de empresa se produce en fraude de ley, con el fin de evitar los efectos legales derivados de la aplicación del art. 44 ET. Y a juicio de esta Sala eso es justo lo que sucede en el caso que nos ocupa, ya que la empresa comitente, pese a que notifica la resolución del contrato con el fin de asumir el servicio de limpieza con su propio personal, contrata durante uno meses con una ETT las funciones de limpieza en el centro de trabajo de la actora, dejando así transcurrir un tiempo prudencial antes de contratar nuevamente el servicio de limpieza con una nueva empresa, con el claro fin de evitar las consecuencias derivadas de la sucesión de empresa.

En tales ocasiones, la acción de despido frente a la nueva adjudicataria habría fenecido, sin embargo, las misma debe revivir cuando se constata que con ello se trata de eludir las previsiones del art. 44 ET, es decir, cuando se actúa con evidente fraude de ley o abuso de derecho con la finalidad de evitar la aplicación de la norma. Las empresas así intentan de este modo aprovecharse de la jurisprudencia que afirma que el contrato de trabajo debe hallarse en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio, tal y como se explicitará seguidamente.

Y es que, en efecto, el mantenimiento del vínculo laboral requiere, lógicamente, que éste se encuentre vigente; por ello, el art. 3.1 de la Directiva 2001/2003, de 12 de marzo, establece que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existentes en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso. El art. 44 ET dispone que el cambio del titular no extinguirá por sí mismo la relación laboral, porque parte de la subsistencia de la misma en el momento de la transmisión, pues sólo así cabe aceptar la existencia de una novación subjetiva, ya que resulta imposible aceptar la modificación de una relación jurídica ya extinguida. La garantía de exclusión de la relación laboral del art. 44 ET no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una extinción del contrato de trabajo, respecto de lo cual, si dicha extinción es conforme o no con el ordenamiento jurídico, no cabe entrar a conocer por cuanto que, tal y como ha quedado expuesto, la acción en todo caso para reclamar frente al despido operado por la única empleadora habría caducado.

Así, a la vista de tal doctrina judicial, la empresa AREAS, S.A. comunica a la empresa LIMPIEZAS EL POLÍGONO, S.L. la finalización del contrato con el fin de asumir el servicio con su propio personal, lo que impone a ésta la extinción del contrato de la actora, con la evidente intención de transmitir el servicio libre de cargas a la recurrente, quien lo ha podido poner como condición previa o, sencillamente, obedecer a un pacto previo entre ambos empleadores, esperando para ello un tiempo prudencial (superando así el plazo de caducidad de la acción por despido) durante el cual las labores de limpieza se encargan a una ETT, para posteriormente consumir el cambio de titularidad del servicio de limpieza una vez que los contratos de la anterior adjudicataria ya han fenecido a la vida jurídica, que es justo lo que ha sucedido en esta ocasión, percatándose la actora de la sucesión de empresa meses después de su despido, percibiendo cómo en la operación mercantil han quedado fatalmente vulnerados sus anhelos de estabilidad en el empleo, canjeados, a lo sumo, por una indemnización por lo general inferior a la fijada para un despido improcedente. De ahí su pretensión de ser repuesta en su derecho de ocupación o de obtener la indemnización legal correspondiente. En estas ocasiones, pues, el plazo de veinte días para poder accionar por despido no puede comenzar a computarse sino desde el momento en que la trabajadora conoce la existencia de la subrogación, pues la ocultación de tal hecho no puede beneficiar al empleador o empleadores alegando su caducidad, de ahí la posibilidad de ampliar la demanda cuando se constata la realidad de la subrogación, tal y como se ha hecho en el supuesto que nos ocupa.

En suma, cuando tal extinción perjudica la garantía de estabilidad de los trabajadores, como sucede en el supuesto actual, puede enervarse toda su eficacia. Cuando la actividad es transferida a distinta empresa



mediante una apariencia, sólo formal, de discontinuidad, y aunque la actuación fraudulenta no puede presumirse y es imprescindible la constatación de un subterfugio o aparato engañoso que actúa como medio y un resultado final de frustración de un deber jurídico impuesto a las personas, es cierto que en esta ocasión nos encontramos ante una ruptura sólo aparente de la actividad productiva, lo que impide apreciar la caducidad de la acción por despido.

TERCERO.- Con sede (de nuevo errónea) en el art. 191 c) LPL, la parte recurrente articula su tercer motivo de suplicación, en el que denuncia infracción del art. 53 ET, art. 44 ET, doctrina judicial de las sentencias del TS que cita (también de manera errónea, al no concretar ni el número de recurso ni la sala de la provienen, limitándose a indicar las fechas), en relación con sentencia del TSJUE de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen) y del art. 2 del Convenio Colectivo Galego de Centros Especiais de Emprego y art. 34 del Convenio Colectivo de limpiezas de edificios y locales de la provincia de Pontevedra, estimando, en esencia, que no resulta de aplicación a la recurrente el Convenio Colectivo de limpiezas de edificios y locales de A Coruña, sin que se den los requisitos necesarios para apreciar sucesión de empresa.

El motivo no prospera por varios motivos. En primer lugar, por la defectuosa técnica procesal con la que ha sido redactado el recurso, lo que hace inviable su acogimiento dada su defectuosa formulación (incumpliendo los mandatos del art. 196.2 LJS), por la siguiente razón: la parte recurrente efectúa su denuncia citando de manera genérica un complejo y homogéneo bloque normativo, esto es, los arts. 53 y 44 del ET, tal y como sucedió en el caso que ocupó a una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005 (rec. núm. 46/2004), en la que la parte recurrente alegaba, entre otras cosas, que "lo resuelto por la sentencia de instancia vulnera el artículo 3 del Código Civil del que por cierto no se cita el concreto apartado con lo que no puede saberse si la denuncia de infracción se refiere a la interpretación de las normas o la ponderación de la equidad, o a ambas cosas a la vez", lo que vino a suponer que "esta omisión impide al Tribunal dada la excepcional naturaleza del recurso actuar sobre la suposición de cuál puede ser el párrafo conculcado, sustituyendo de este modo la actividad procesal de la parte recurrente".

En efecto, el planteamiento del recurso nos obliga a recordar (entre otras, sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2004 [rec. núm. 3166/2001]) que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser de naturaleza extraordinaria, casi casacional. Y ello se traduce, entre otras consecuencias, en que legalmente se imponga (art. 196.2 LJS: "en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas") la necesidad de denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre -exclusivo objeto final del recurso de Suplicación- únicamente es rectificable en virtud de una apreciada infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo constante la doctrina jurisprudencial que afirma que la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado.

Es más, incluso tenemos señalado en la interpretación de aquel precepto que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende conculcado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido; doctrina que obedece a la razonable consideración de que la Sala no puede indagar de oficio cuál sea la norma sustantiva vulnerada, porque con ello se desconocerían los principios de igualdad de partes, rogación e imparcialidad que deben presidir las actuaciones de Tribunales de Justicia, y porque la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no ampara la inacción de la parte ni puede conducir a que la actividad procesal que a aquélla corresponde sea suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75.1 LJS, admitiéndose tan sólo la iniciativa de la Sala cuando la cita de preceptos sea un claro error material o cuando el defecto de cita específica no represente obstáculo alguno para sobreentender -por obvio- el precepto que se considera conculcado, y cuya falta de referencia obedece a una simple omisión, sin que el formalismo exigible pueda llegar al extremo de obstaculizar el éxito del recurso. Y aplicada tal doctrina al caso de autos, es claro que debemos rechazar la alegada vulneración de los arts. 53 y 44 del ET.

Y es que, en efecto, la parte recurrente se limita a denunciar la infracción de esos preceptos sin más concreciones, esto es, con cita genérica de dos preceptos que constan a su vez de varios apartados, sin atenerse por ello a las mínimas exigencias formales que se requieren en este trámite procesal, quedando de este modo la Sala impedida de entrar en el análisis de las hipotéticas infracciones normativas o jurisprudenciales de la sentencia de instancia, pues ello equivaldría a atribuir a la misma la construcción ex officio del recurso, cuando tal actividad corresponde a la parte. Es más, en este caso nos encontramos, como ya se indicó, con la cita de preceptos densos y complejos (alguno de ellos, incluso, inadecuado a efectos del recurso, no regulando ni la caducidad de la acción por despido ni la falta de acción), articulados sobre la base de varios apartados, por lo que su



cita genérica impediría entrar a examinar un motivo así articulado, sin que las exigencias del art. 196.2 LPL se satisfagan (siquiera mínimamente) con tal remisión, siendo preciso que se cite qué apartado concreto y párrafo específico resultó infringido, ya que en caso contrario lo que se está pretendiendo es que sea la Sala quien, por su propia decisión, determine el precepto concreto a que se refiere el motivo y las razones de su infracción, es decir, quien proceda a la construcción del recurso, con quiebra así de los principios de igualdad y proscripción de indefensión.

En segundo lugar, la cita de los convenios denunciados se hace de manera errónea, al constatarse únicamente su título, sin que se concrete ni a cuál de los distintos convenios de idéntico ámbito de aplicación se refiere, ni el diario oficial en el que han sido publicados; por otro lado, la referencia al Convenio Colectivo de limpiezas de edificios y locales de la provincia de Pontevedra resulta inadecuada, al no ser aplicable al supuesto de autos, al igual que la sentencia del TJUE, ya que la misma se refiere al supuesto de sucesión de plantillas en materia de sucesión de empresa, cuando aquí la misma viene provocada por una norma convencional, en concreto, el art. 33 del Convenio Colectivo de limpiezas de edificios y locales de la provincia de A Coruña 2011-2014 (BOP A Coruña 11 de abril de 2013), que impone la adscripción del personal de la empresa saliente en la nueva contrata. Y, en fin, con relación a las sentencias del TS, ésta resulta igualmente inasumible, ya que se hace de manera errónea, al constatarse únicamente la fecha de su emisión, sin que se concrete el número de sentencia, ni las partes, ni la referencia a una base de datos de uso común.

En fin, aunque no fuera así el recurso tampoco prosperaría, ya que en supuestos como el que nos ocupa el Tribunal Supremo ha concluido lo que sigue: "con relación a la censura jurídica consistente en el del carácter no dispositivo de los Convenios Colectivos que impediría aplicar en este caso el vigente en el ámbito de limpieza de edificios y locales públicos, en detrimento del Convenio Colectivo provincial que rige a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/ o sensoriales -, que "Es acertado afirmar que el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo, pero la recurrente entra en contradicción con los artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores cuando pretende desvincularse de la imperatividad del Convenio Colectivo de empresas dedicadas a la Limpieza de Edificios y Locales en el ámbito de Barcelona y su provincia, descrito en su artículo primero como el siguiente: ...empresas y trabajadores de la actividad de limpieza (según el ámbito funcional del artículo 2) que realizan servicios en cualquier lugar de la comunidad autónoma de Cataluña, con independencia de la ubicación de la sede social de la empresa"; y que "En cuanto a la remisión al aspecto funcional descrito en el artículo 2 su tenor literal es el siguiente ... afectara a la totalidad de empresas y trabajadoras/es que se dediquen a la actividad de limpieza (su mantenimiento y conservación) e higienización de toda clase de edificios, locales, hospitales, centros o instituciones sanitarias y de salud, industrias, elementos de transporte... con descripción de un largo etcétera ...".

Destaca la citada sentencia que "Ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza. A su vez, el artículo 1 punto 2.1 del Convenio Colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y sensoriales de Cataluña para el año 2005 al definir el Centro Especial de trabajo dice: Es aquella empresa cualquiera que fuera su forma jurídica, que tenga por objetivo principal asegurar una ocupación remunerada y la prestación de servicios de ajuste personal y social junto con la adecuada formación profesional a favor del mayor número de personas afectadas por una discapacidad, procurando de esta manera su plena integración al régimen de trabajo ordinario, realizando para ello cualquier trabajo productivo y participando regularmente en las operaciones de mercado en concurrencia con otras empresas. En consecuencia, los Centros especiales de trabajo podrán por medio de cualquiera de sus propios centros de trabajo o de los de las empresas para los cuales presten sus servicios, dedicarse a cualquier actividad, sea industrial, de manipulación o de servicios en su más amplia gama de posibilidades (jardinería, catering, gestión de estaciones de servicio, administración de fincas, mensajería, buzoneo, limpieza, marketing, publicidad, radio-taxi, entre otros) con objeto de participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado, sin olvidar su carácter social y el objetivo de servir de puente hacia el empleo ordinario, potenciando, a tal fin, su adaptación a las exigencias actuales de competitividad como entes empresariales flexibles, capaces de integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella".

Concluye que "Contiene el precepto dos menciones relevantes, participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas e integrar en dicho proyecto tanto a personas con discapacidad como sin ellas", que "La norma facilita así que las empresas de este sector puedan incorporarse a cualquier clase de contrata, pero señala que lo hará en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y sin desconocer la integración tanto de personas con discapacidad como sin ellas" y que "Al tiempo que la recurrente tacha el convenio colectivo de cuya aplicación pretende apartarse de norma discriminatoria indirecta, está desconociendo que el mecanismo de la discriminación positiva, por su excepcional naturaleza, deberá estar reflejado de modo expreso bien por voluntad del legislador, bien por el de los negociadores. No sólo no es así en el Convenio Colectivo al que decide acogerse sino que éste, para evitar cualquier posible connivencia defraudatoria



de los intereses de los trabajadores no acogidos a este convenio se ocupa de resaltar que la concurrencia con otras empresas lo es en igualdad de condiciones y la finalidad integradora no excluye a los no discapacitados. Pudo la norma introducir el matiz de discriminación positiva afirmando que la igualdad con otras empresas se lograría privilegiando a las empresas dedicadas a centros especiales, pero no lo hizo. Pudo insistir en la noción de privilegio, obviando toda mención a los trabajadores no discapacitados, pero no lo hizo", por lo que, en definitiva, "No puede merecer favorable acogida una censura jurídica en la que se invoca el carácter no dispositivo de los convenios colectivos con el propósito de disponer llevando a cabo la técnica de espiguelo que la doctrina consolidada rechaza".

En el caso ahora enjuiciado concurren similares presupuestos fácticos y jurídicos que lleva a aplicar la misma solución. El Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales, establece, al fijar su ámbito funcional, que regulará las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, oficinas. Se establece, por tanto, una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza" (sentencia de 9 de abril de 2013 [rec. núm. 304/2012])".

TERCERO.- Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de la empresa Grupo SIFU Galicia, S.L., debiendo por ello confirmar la resolución de instancia, con imposición de las costas procesales en importe de 550 euros según el artículo 235 LRJS . En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa GRUPO SIFU GALICIA, S.L., contra la sentencia de fecha tres de diciembre del año dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social núm. dos de los de Santiago de Compostela , en proceso 345/13 promovido por doña Adolfinia frente a las empresas LIMPIEZAS EL POLÍGO NO , S.L., UNIQUE INTERIM ETT, AREAS, S.A. y la recurrente, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la recurrente en importe de 550 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá consignar la cantidad de 600 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta abierta en BANESTO con el nº 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta 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. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.