



Roj: **STSJ GAL 2979/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:2979**

Id Cendoj: **15030340012014102248**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2014**

Nº de Recurso: **898/2014**

Nº de Resolución: **3000/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

SECRETARÍA D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ISABEL FREIRE CORZO -RF-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

**NIG:** 15030 44 4 2012 0006392

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000898 /2014

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001252 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de A CORUÑA

**Recurrente/s:** SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP SLU, Delfina

**Abogado/a:** ALBERTO FRESCO GONZALEZ, ARANZAZU NAVARRETE REY

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** FOGASA, ALCOA INESPAL,S.A. , RANDSTAD EMPLEO ETT,SA SUBROGADA LABORAM-ANTES VEDIOR , POLICLINICO MEDICO SANITARIO , EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA , GYT CLAVE , FLEXIPLAN S.A. ETT

**Abogado/a:** FRANCISCO JOSE CASTIÑEIRA MARTINEZ, VICENTE FERNANDEZ VICTORIA , JOSE MIGUEL ORANTES CANALES

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.**

EMILIO FERNANDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a cinco 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 0000898 /2014, formalizado por el/la D/D<sup>a</sup> letrado D. ALBERTO FRESCO GONZALEZ y la letrada D<sup>a</sup> ARANZAZU NAVARRETE REY y en nombre y representación de SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP SLU, Delfina , respectivamente, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001252 /2012, seguidos a instancia de Delfina frente a FOGASA, ALCOA INESPAL,S.A., RANDSTAD EMPLEO ETT,SA SUBROGADA LABORAM-ANTES VEDIOR, POLICLINICO MEDICO SANITARIO, SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP SLU, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, GYT CLAVE, FLEXIPLAN S.A. ETT, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/ D<sup>a</sup> RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Delfina presentó demanda contra FOGASA, ALCOA INESPAL,S.A., RANDSTAD EMPLEO ETT,SA SUBROGADA LABORAM-ANTES VEDIOR, POLICLINICO MEDICO SANITARIO, SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP SLU, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, GYT CLAVE, FLEXIPLAN S.A. ETT, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha doce de Junio de dos mil trece

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

**PRIMERO.-** Delfina presta servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa demandada EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. con antigüedad de 1 septiembre de 1993.- Su categoría profesional es la de DUE y el salario mensual con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias, el de 1.858 euros.- **SEGUNDO.-** Delfina , desde el inicio de la relación laboral, vienen prestando servicios de DUE en el Servicio Médico de la empresa ALCOA INESPAL, S.A., de ubicación en la fábrica sita en la localidad de Arteixo en a Coruña.- **TERCERO.-** El día 3 de octubre de 2012 la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. comunica a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo, con efectos de 18 de octubre de 2012, invocando la finalización del Servicio de DUE en la fábrica de Alcoa Europe, con base al siguiente contenido:

Por medio de la presente, le informamos que en fecha 18.10.2012 finaliza el contrato del Servicio de DUE en la fábrica de Alcoa Europe suscrito en su día entre EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. y ALCOA EUROPE, S.A. cuyo servicio viene efectuando Ud. por cuenta de esta empresa.- Como consecuencia de lo que antecede, en la indicada fecha debería ser subrogado por la empresa que resulte adjudicataria de dicho servicio y, en consecuencia, causará baja en la empresa en la fecha más arriba indicada, poniéndose oportunamente a su disposición, la liquidación de los haberes y partes proporcionales que por todos los conceptos puedan corresponderle...- **CUARTO.-** El día 17 de octubre de 2012 la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. entregó a la trabajadora carta de despido, con efectos de 18 de octubre de 2012, invocando la concurrencia de causas objetivas como fundamento del mismo con base al siguiente contenido: Mediante escrito de fecha 03.10.2012 ya pusimos en su conocimiento la finalización el 18.10.2012 del contrato del Servicio de DUE en la fábrica de ALCOA EUROPE, suscrito en su día entre EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A y ALCOA EUROPE, S.A., cuyo servicio viene efectuando Ud. por cuenta de esta empresa. Aunque considerábamos que la nueva adjudicataria asumiría todo el personal que actualmente está realizando este servicio, dicha entidad nos ha comunicado que no procederán a incorporarla a su plantilla.- En dichas circunstancias y teniendo en cuenta que estaba UD adscrita al mencionado servicio, nos vemos obligados proceder a la extinción, con fecha 18.10.12, de su contrato laboral por causas objetivas al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de los trabajadores . También le informamos que en este momento se pone a su disposición (mediante entrega de dos cheques, cuyas copias figuran en el reverso de esta carta) la indemnización de 20 días por año de servicio (antigüedad del 02.04.1997) que asciende a un total de 19.224,52 euros y la cantidad de 952,20 euros por los salarios correspondientes a los quince días de preaviso que no hemos podido concederle... **QUINTO.-** Ezequias no fue reincorporado o mantenido en su puesto de trabajo por parte de la nueva adjudicataria del servicio, la empresa UTE EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL, S.A. - ETRALUX. **SEXTO.-** La empresa UTE EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL, S.A. - ETRALUX- mantuvo en Su puesto de trabajo a, cuando menos, dos trabajadores con destino en la misma obra que Ezequias . - **SEPTIMO.-** El acto de conciliación tuvo lugar el día 16 de noviembre de 2012 con el resultado sin avenencia, respecto de las empresas ALCOA INESPAL,



S.A., EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. y SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP, S.L., y, sin efecto por incomparecencia, respecto de las empresas FLEXIPLAN, S.A. ETT, RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A., GYT CLAVE y POLICLINICO MEDICO SANITARIO.- OCTAVO.- Delfina no ejerció durante el año anterior a la fecha del despido la condición de delegada de personal o de miembro del comité de empresa.

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

Que debo estimar y **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por parte de Delfina contra las empresas ALCOA INESPAL, S.L., EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. y FLEXIPLAN, S.A. ETT, RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A., GYT CLAVE y POLICLINICO MEDICO SANITARIO, así como contra la entidad SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP, en su pretensión subsidiaria, y, en consecuencia, declaro IMPROCEDENTE el despido de Delfina y CONDE **NO** a la empresa demandada SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP a que, en el plazo de 5 días desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la *readmisión* del trabajador en las mismas condiciones que regían en el momento de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación que, desde la fecha del despido hasta la de la presente sentencia, importan la cantidad de 14.554,25 euros, a los que habrán de añadirse los que se devenguen hasta la notificación de la misma, a razón de 61,93 euros diarios, y la *extinción de la relación laboral*, con abono al trabajador de la cantidad de 51.339,97 euros en concepto de indemnización.- Con fecha 18 de julio de 2013 se ha dictado Auto de aclaración cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: Que debo acordar y ACUERDO la aclaración de la sentencia de 12 de junio de 2013 dictada en el presente procedimiento en el significado siguiente: Que se sustituya el contenido del hecho probado quinto de la misma por el siguiente: La SOCIEDAD PREVENTIVA FREMAP se hizo cargo de la asistencia sanitaria encomendada a los servicios médicos de la empresa.- El hecho probado séptimo pasará a ser el sexto y el octavo el séptimo, y ello con mantenimiento inalterado del resto de su contenido.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP SLU, Delfina formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes, RANDSTAD EMPLEO, E.T.T., S.A., ARANZAZU NAVARRETE REY, EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A., FLEXIPAN S.A. E.T.T.

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 21 de febrero de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 3 de junio de 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.- La sentencia de instancia, aclarada por posterior auto, estima parcialmente la demanda interpuesta por la actora, DÑA Delfina y declara la improcedencia de su despido condenando a la empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP a las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento.

Frente a la misma interponen recurso de suplicación tanto la trabajadora como la empresa condenada; los recursos han sido impugnados por las contrarias.

Comenzaremos la resolución de este recurso examinando el motivo de nulidad solicitado por la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP, ya que de prosperar no procedería la resolución del resto de los motivos invocados; a continuación examinaremos las modificaciones propuestas tanto por las recurrentes como por las partes impugnantes del recurso y una vez fijado el relato de hechos probados pasaremos a resolver las infracciones de normas sustantivas alegadas por las recurrentes.

SEGUNDO.- Comenzando pues con la nulidad por insuficiencia de hechos probados, como ya ha señalado de forma reiterada esta Sala (entre otras sentencia de 15 de enero de 2010, rec. 4815/09 ) la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando «no se llega a producir un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado», de manera que la



referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta ( SSTC 135/1986 ; 98/1987 ; 41/1989, de 16 febrero ; 207/1989 ; 145/1990, de 1 octubre ; 6/1992 ; 289/1993 ).

En cuanto a la alegación de insuficiencia de hechos probados ex art. 97.2 de la LRJS de ordinario sólo podrá afirmarse que la narración histórica es insuficiente, cuando en ella no se recogen hechos de relevancia en el pleito, a pesar de que los mismos han quedado acreditados en virtud de la prueba practicada en él. Así tal narración debe ser concreta detallada en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley ( STS 22 enero 1998 [RJ 1998\ 7]); sin embargo ello no decir que se exija una expresión exhaustiva o prolija en el relato de hechos probados, 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; admitiendo, incluso, la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión ( SSTS 11 diciembre 1997 [RJ 1997\ 9313 ], 1 julio 1997 [RJ 1997\ 6568], entre otras).

Pero tal insuficiencia de relato, aun de existir, no debe de llevar irremediamente a la declaración de nulidad puesto que en tales supuestos está al alcance de quien recurre en suplicación contra la sentencia de que se trate poder subsanar tal defecto, solicitando que se revise o modifique dicho relato fáctico mediante la inclusión en él de los hechos omitidos por la sentencia impugnada, basándose tal modificación en las pruebas documentales o periciales que obren en autos y que demuestren la realidad de esos hechos. Por ello, en estos casos los Tribunales laborales, desde mucho tiempo atrás, han venido manteniendo que es al propio Tribunal que conoce del recurso a quien le corresponde normalmente determinar la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados de la sentencia recurrida, sin que como norma general las partes puedan basar los motivos de sus recursos de suplicación en esa particular alegación de nulidad de lo actuado, pues el cauce procesal que, para remediar esa insuficiencia, pueden utilizar las partes es, como se acaba de decir, la pertinente adición o revisión fáctica basada en documentos o pericias obrantes en autos. Así lo ha proclamado con reiteración la Sala IV del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias de las que mencionamos las de 4 y 7 noviembre 1988 (RJ 1988\8523 y RJ 1988\8538), 7 junio , 11 octubre y 27 diciembre 1989 (RJ 1989\4548, RJ 1989\7166 y RJ 1989\9088) y 21 mayo 1990 (RJ 1990\4478). Por otro lado no se puede olvidar, a efectos de completar tal relato fáctico, la existencia en ocasiones en sede de fundamentación jurídica, de datos con evidente valor fáctico.

En base a lo argumentado no procede la nulidad solicitada ya que como señala la parte actora al impugnar el recurso presentado por la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP, precisamente una de las modificaciones fácticas solicitadas en el recurso de la trabajadora va dirigida a suplir esa insuficiencia fáctica que evidentemente se detecta en la sentencia impugnada, pretensión que se apoya en documentos concretos que cita, y sobre la cual esta Sala puede pronunciarse por la vía del art. 193 b) de la LRJS .

Además sorprende que alegue la nulidad, sin haber intentado que se complemente el relato fáctico, y con posterioridad en su mismo recurso sustente la infracción del art. 44 del ET en el hecho de que al ser cesada la actora el Servicio Médico de la empresa estaba dotado con cinco personas, de las que dos fueron cesadas, ampliándose el servicio con cuatro personas más (dos provenientes de la Sociedad de Prevención y dos por contratación externa) pues entendemos que tales alegaciones las sustenta en datos que obran en los autos por lo que perfectamente podía haber solicitado la modificación fáctica, al igual que lo ha hecho la parte demandante.

Por lo tanto no procede estimar el motivo de nulidad alegado y seguiremos resolviendo sobre el

TERCERO.- En cuanto a la examen de la modificación de hechos probados, se solicita tanto por parte de la actora como de la empresa condenada, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, y por la empresa EULEN al amparo del art. 197 de la LRJS . Resolveremos en primer lugar las modificaciones solicitadas en el recurso de la actora, junto con las de EULEN al referirse en parte a los mismos hechos probados, y a continuación las contenidas en el recurso de la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP.

Antes de resolver sobre cada una de las modificación solicitadas hemos de partir de la base de que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 ( RTC 1993\ 18 ), 294/1993 ( RTC 1993\ 294 ) y 93/1997 ( RTC 1997\ 93 ) - de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediatez del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba,



al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75 , para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LECiv , así como el art. 97.2 LPL ( en la actualidad art. 97 LRJS ) . Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación 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 o 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. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00 , 14/04/00 R. 1077/00 , 15/04/00 R. 1015/97 entre otras)

c) que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 lrjs , y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél.

d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada- vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia

e) que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

f) 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;

g) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Partiendo de tales premisas hemos de resolver lo siguiente con respecto a cada una de las revisiones solicitadas por la parte actora y EULEN

1. Modificación de los hechos probados primero y segundo interesando su unificación y que queden redactados, como PRIMER hecho probado, con el siguiente contenido:

"La actora, desde el 01-09-93 y sin solución de continuidad, viene prestando servicios como DUE en el Servicio Médico de la Empresa ALCOA- INESPAL ubicado en la fábrica sita en la localidad de Arteixo en A Coruña- con el soporte de diversos contratos suscritos con las demás codemandadas y que obran aportados en autos y se reflejan en la vida laboral de la actora (folio 123 de los autos). Su jornada era de 40 horas semanales y el salario a percibir debe ser el anual de 39.982, 80 al ser el propio del nivel I según el convenio colectivo propio de la entidad Alcoa-Inespal.

La actora ha desarrollado desde el inicio de la relación laboral funciones de prevención y de asistencia sanitaria."

Apoya la modificación en los folios 7 y 10 de la propia sentencia de instancia, así como en los siguientes documentos:

Contratos de trabajo de la actora (folios 80 a 117)



Vida laboral dela actora (folio 123)

Tablas salariales del Convenio Colectivo de ALCOA- INESPAL (folio 175)

Certificación de EUXA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS (folio 130)

Correos electrónicos remitidos por ALCOA la actora y viceversa (folios 245 a 330).

La modificación pretende que se introduzca en el relato de hechos probados varias cuestiones relativas a la antigüedad de la trabajadora, lugar de prestación de sus servicios, contratación a través de distintas empresas a lo largo de los años, que ha venido realizando funciones de prevención y asistencia sanitaria, jornada y salario regulador a efectos del despido. Las cuatro primeras cuestiones están solventadas por la sentencia de instancia, pues o bien ya constan en los hechos probados primero y segundo que se pretenden reunificar, o bien constan en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con evidente valor fáctico, si bien no está de más añadir en el relato fáctico, porque es en donde debe constar, que la actora ha desarrollado desde el inicio de la relación laboral funciones de prevención y de asistencia sanitaria. Sí procede añadir que la jornada realizada era de 40 horas semanales por desprenderse de los contratos aportados. Por el contrario no procede modificar el salario de la trabajadora y ello porque la sentencia de instancia recoge el salario real percibido por la actora en el momento del despido, lo que no puede ser modificado por el salario que la trabajadora entiende que le corresponde percibir al haber sido objeto de cesión ilegal. Se trata ésta de una cuestión jurídica que ha de ser tratada por el correspondiente cauce procesal (esto es, alegando la correspondiente infracción por la vía del apartado c) del art. 193 LRJS ) y no incorporándolo al relato de hechos probados, pues de hacerse así se estaría claramente predeterminando el fallo.

Por su parte EULEN pretende que la antigüedad de la actora se fije en el 2 de abril de 1997 en vez de la señalada por la Magistrada de instancia y a tal efecto se apoya en los recibos salariales (folios 357 a 365), documento de subrogación (folio 352) y contratos de trabajo suscritos por la actora (folios 353 a 356). No se admite la modificación puesto que se apoya en los mismos documentos que ya han sido tenidos en consideración por la Magistrada a quo para alcanzar su convicción y los efectos de la subrogación realizada es una cuestión jurídica debiendo ser discutida por la vía del apartado c) del art. 193 LRJS .

Por lo tanto el hecho probado primero pasa a tener el siguiente contenido: "Dña Delfina presta servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa demandada EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A con antigüedad de 1 de septiembre de 1993.

Su categoría profesional es la de DUE, su jornada era de 40 horas semanales y el salario mensual, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias, el de 1.858 euros

La actora ha desarrollado desde el inicio de su relación laboral funciones de prevención y de asistencia sanitaria. "

El hecho probado segundo se mantiene inalterado.

2.Modificación por adición de un nuevo hecho, que sería el SEGUNDO, con el siguiente contenido:

"En el Servicio Médico de ALCOA INESPAL prestaban servicios diversos ATS-DUE, unos contratados directamente por ALCOA y otros por otras empresas, realizando todos ellos idénticas funciones. En el servicio médico se trabajaba a turnos y se realizaban sustituciones entre los trabajadores allí destinados.

Tras el despido de la actora permanecen en el Servicio Médico de ALCOA un ATS-DUE, don Apolonio formalmente contratado por dicha entidad, y dos ATS-DUE- doña Rafaela y don Eulogio - que han sido contratados por la Sociedad de Prevención FREMAP, y que con anterioridad estaban adscritos a la codemandada EULEN"

Apoya la revisión en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia (folios 14 y 18) así como los siguientes documentos:

-Certificación de la Jefa de Recursos Humanos de ALDECOA. (folio 588)

- Contrataciones como ATS-DUE por parte de EULEN para prestar servicios como tales en el Servicio Médico de ALCOA (folios 375, 379, 381, 385, 386, 388, 391 y 392 y 474)

- Correos del Sr. Apolonio (folios 314 y 318)

- Comunicación de intercambio de jornada de la actora y Dña. Celestina (folio 189)

La adición procede en parte, y así de nuevo procede trasladar al relato fáctico lo que en la sentencia de instancia se recoge en el la fundamentación jurídica con evidente valor fáctico, esto es la primera frase del hecho probado que se propone. No se accede a la adición del texto relativo al trabajo a turnos y sustituciones



puesto que la lectura del correo del Sr. Apolonio no permite concluir tal dato de forma tajante, no pudiendo hacer la Sala valoraciones y presunciones sobre tal documento, como tampoco introducir un hecho probado sobre la presunción de la obligación de presencia durante las 24 horas de día que tampoco se concluye de estos documentos en concreto.

Finalmente se accede a la introducción del segundo párrafo puesto que se deduce del examen de los documentos reseñados y su introducción evita la causa de nulidad esgrimida por la recurrente FREMAP.

Por lo tanto se añade un nuevo hecho probado, que será el segundo bis ( al no haberse admitido la refundición solicitada con anterioridad, con el siguiente contenido:

"SEGUNDO BIS.- En el Servicio Médico de ALCOA INESPAL prestaban servicios diversos ATS -DUE, unos contratados directamente por ALCOA y otros por otras empresas, realizando todos ellos idénticas funciones.

Tras el despido de la actora permanecen en el Servicio Médico de ALCOA un ATS-DUE , don Apolonio formalmente contratado por dicha entidad, y dos ATS-DUE - doña Rafaela y don Eulogio - que han sido contratados por la Sociedad de Prevención FREMAP, y que con anterioridad estaban adscritos a la codemandada EULEN"

3.Solicitud de adición de un nuevo hecho probado con el siguiente contenido:

"La entidad ALCOA INESPAL había suscrito con EULEN contrato de fecha 01-07-2010 para la realización de Servicio de DUE en la fábrica de ALCOA INESPAL en La Coruña consistente en Atención Sanitaria para realizar primeras curas, inyecciones, asistencia accidentados, enfermos y personal de fábrica, planificación, citación y pruebas complementarias de reconocimientos médicos.

Con fecha 27-04-2010 ALCOA INESPAL suscribió contrato con la Sociedad de Prevención de Fremap, con intención de contratar los servicios de Medicina del Trabajo para la fábrica. Entre las prestaciones a realizar, y como así consta en el anexo I de dicho contrato, se encuentran las actividades de la Vigilancia de la Salud, que se realizarán en las instalaciones de la fábrica durante cuatro horas al día durante 226 días laborales y analíticas. Dicho contrato de Servicio de vigilancia de la Salud en el centro de ALCOA de A Coruña ref. NUM000 , fue prorrogado en diversas ocasiones, y en fecha 18-10-12 y a solicitud de ALCOA INESPAL es ampliado cubriendo 24 horas al día teniendo por objeto la actuación de la Sociedad de Prevención de Fremap como Servicio de Prevención Ajeno en el contrato de Vigilancia de la Salud en el centro de ALCOA de A Coruña, ref, NUM000 .

Entre los trabajos a realizar se encuentran: organización de reconocimientos específicos por puesto, pruebas de enfermería necesarias en el reconocimiento médico de VS, estudios epidemiológicos, revisión de protocolos, información y formación a trabajadores en temas de PRL relacionados con la salud, mantenimiento de la base de datos del software Servicio Médico y Archivo Histórico; detecciones precoces de salud relacionadas con trabajo. Daños o secuelas relacionadas con el trabajo y su impacto en la capacidad para trabajar, información sanitaria de interés identificada."

Apoya la redacción en el folio 347 (anexo de contrato suscrito entre ALCOA y EULEN), folios 415 a 419 (contrato suscrito entre ALCOA y la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP), y folios 430 y 431 (solicitud de ampliación, y ampliación de la cobertura en donde se reflejan los trabajos a realizar).

Se accede a la adición propuesta puesto los concretos folios indicados sustentan el relato propuesto, sin necesidad de que por la Sala se efectúen valoraciones o conjeturas sobre su contenido y completan la redacción de la sentencia de instancia, estimándose su trascendencia a los efectos de resolver el presente litigio. Por lo tanto se añade un nuevo hecho probado que será el segundo bis a) con el contenido propuesto.

4. A continuación la actora interesa la adición de un nuevo hecho probado, SEGUNDO BIS B), con el siguiente contenido:

"La trabajadora recibía órdenes , instrucciones y toda clase de comunicaciones por parte del personal vinculado directamente con Alcoa Inespal, estando obligada a reportar al personal de aquella datos relativos a su prestación de servicios: diariamente tenía que cubrir un dietario en el que se hacía constar el trabajo que realizaba; era usuaria del sistema Medtra - aplicación informática que es utilizada exclusivamente por ALCOA y donde el personal del servicio médico registra las vicisitudes del servicio".

Apoya la adición en los folios 130, 208 y el contenido de todos los correos electrónicos obrantes a los folios 245 a 330 y de cuya lectura, según señala la recurrente, se desprende que la ALCOA realizaba un control directo, inmediato y constante de la ejecución del trabajo de la actora, desnaturalizándose la figura de la contrata al quedar reducida a la mera provisión de mano de obra. La adición no procede puesto que, a diferencia de las adiciones ahora solicitadas la presente supone una valoración conjunta de prueba documental (examen del



contenido de casi cien folios) que no le corresponde realizar a esta Sala por estar ello vedado en el recurso de suplicación. A ello ha de añadirse que tales correos ya han sido en su momento valorados por la Juez de instancia y lo que no puede pretender la recurrente es dejar sin efecto la valoración realizada por la Magistrada de instancia para que en su lugar se introduzca la valoración subjetiva de la recurrente, y menos introduciendo en el relato fáctico un hecho con un contenido claramente predeterminante del fallo.

5. Adición de un nuevo hecho probado, el SEGUNDO BIS C), con el siguiente contenido:

"La actora para el desarrollo de su prestación de servicios utilizaba medios materiales y humanos facilitados por ALCOA y compartidos por todo el personal con independencia de la empresa para la que consten contratados. La actora tenía una dirección de correo con dominio alcoa-com facilitada por dicha empresa.

La actora, y los demás trabajadores del servicio médico tenían contraseñas para el acceso al ordenador facilitadas por la empresa, y para la resolución de cualquier problema informático debían contar con el informático de Alcoa.

Los aparatos propios del servicio médico - espirómetro, audímetro, electrocardiógrafo, otoscopio, tensiómetros, eran utilizados por todo el personal del servicio médico, los EPIS eran compartidos y los protocolos que se utilizaban eran los propios de ALCOA, habiendo colaborado la propia actora al desarrollo de aquellos."

Apoya la adición en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia (folio 10) y en los documentos obrantes a los folios 246, 298, 299, 306, 196, 245, 261, 209 a 244, 254, 275, y 245 a 309. Se accede a la revisión propuesta pero de forma parcial, y ello por las razones argumentadas en relación a la modificación fáctica anterior puesto que no se puede añadir todo aquello que implique una valoración conjunta de la prueba por parte de la Sala; por lo tanto solo se accede a introducir en el relato de hechos probados lo que la Juez a quo recoge de forma indebida y lo que se puede concluir sin necesidad de efectuar valoraciones. Por lo tanto, se introduce un nuevo hecho probado, que será el SEGUNDO BIS B) con el siguiente contenido: "La actora, para el desarrollo de su prestación de servicios utilizaba medios materiales facilitados por ALCOA. La actora tenía una dirección de correo con dominio alcoa.com"

6.- Introducción de un nuevo hecho probado, que sería el SEGUNDO BIS D), con el siguiente contenido:

"La actora ha recibido formación por parte de la empresa principal ALCOA INESPAL"

Apoya la redacción en los folios 245 a 330. De nuevo ha de rechazarse la adición por los mismos motivos que se han rechazado en las revisiones precedentes, debiendo señalar, como realiza ALCOA al impugnar el recurso, que no demuestra una formación, sino una información sobre el uso de materiales que estaban a disposición de la trabajadora en su centro de trabajo.

7. - Introducción de un nuevo hecho probado, que sería el SEGUNDO BIS E) con el siguiente contenido.

"A requerimiento de la Xunta de Galicia, en el Expediente NUM001 y a fin de que se concediese autorización de funcionamiento de un centro sanitario titularidad de la Entidad Alcoa Inespal S.A ubicado en las instalaciones de dicha empresa, se aportó documento de vinculación entre la actora, como profesional sanitario y Alcoa como centro sanitario. Dicha autorización fue concedida hasta el 23 -05-2015 "

Apoya la redacción en los documentos obrantes a los folios 197 a 201. No se admite la adición puesto que tales documentos reflejan el personal que va a prestar servicios en ese centro sanitario, cuestión que nadie pone en duda en el presente litigio, pero no señala ni determina cual es la vinculación laboral entre las personas mencionadas con la empresa ALCOA o con cualquier obra, ya que se refiere a vinculación con el centro sanitario, y no con la empresa.

8.- Introducción de un nuevo hecho probado, que sería el SEGUNDO BIS F) con el siguiente tenor literal:

"La actora, al igual que los demás trabajadores de ALCOA fue remitida para realizarse analítica dentro del reconocimiento médico anual de empresa a la Mutua la Fraternidad con quien, en aquel entonces ALCOA tenía suscrito tal servicio"

Apoya la adición en los folios 190 a 195. No se admite la modificación solicitada porque como señala ALCOA al impugnar el recurso se trata del resultado de una única analítica, que no demuestra que sea reconocimiento médico anual, ni que sea idéntico a los realizados a los trabajadores de ALCOA.

9. Adición, en el hecho probado cuarto del siguiente párrafo:

"La actora no ha podido hacer efectivo el cheque relativo a la indemnización por cuanto una vez ingresado en la entidad Novagalicia Banco se le informó que había una orden de no pago-robo / extravío y además se le cobró por los gastos de devolución la suma de 672,86 "





Apoya su propuesta en los folios 812 y 813. La codemandada EULEN, con apoyo en los mismos documentos, así como en los folios 695 a 698 en donde consta la notificación de la sentencia a la actora, los folios en donde consta la sentencia dictada en la instancia, el folio 787 en donde consta la opción a favor de la indemnización realizada por SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP y los folios 820 y 821 (ejecución de la actora contra esta sociedad) pretende la siguiente redacción alternativa: "La actora intentó el cobro del cheque relativo a la indemnización por despido objetivo una vez notificada la Sentencia de instancia y a sabiendas que de fue declarada la improcedencia del Despido solo respecto a la demandada SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP, en tanto que la entidad "EULEN SERVICIOS SANITARIOS S.A. había sido absuelta en la misma".

La adición propuesta por la actora se estima oportuna por cuanto además de ser relevante para poder resolver uno de los motivos de recurso propuestos por la actora - con independencia de lo que se puede resolver después por la vía del art 193 c) LRJS - también tiene trascendencia para la solución final del recurso habida cuenta que la última de las pretensiones subsidiarias que se contiene en el recurso de suplicación de la empresa condenada SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U. solicita que se deduzca de la indemnización señalada por despido improcedente la cantidad de 19.224,52 euros ya percibidos por la actora por su cese. Sin embargo tiene razón las partes impugnantes del recurso cuando señalan que la actora omite datos trascendentes como es el hecho de haber intentado tal cobro en fecha 5 de agosto de 2013 (no el 9) y por lo tanto con posterioridad a la notificación de la sentencia de instancia, por ello se añadirá también este dato, que es el que se pretende en la redacción alternativa propuesta por EULEN, pero no el resto del contenido propuesto por esta impugnante al ser valorativo de la conducta de la actora y totalmente innecesario.

Así pues se añade un nuevo párrafo al hecho probado cuarto con el siguiente contenido:

"La actora no ha podido hacer efectivo el cheque relativo a la indemnización por cuanto una vez ingresado en la entidad Novagalicia Banco se le informó que había una orden de no pago-robo / extravío y además se le cobró por los gastos de devolución la suma de 672,86

La actora intentó el cobro del cheque relativo a la indemnización por despido objetivo, el día 5 de agosto de 2013, y una vez notificada la sentencia de instancia."

10. Modificación del hecho probado quinto de la sentencia de instancia, a su vez aclarado por auto de fecha 18 de julio de 2013 para que quede redactado con el siguiente contenido:

"La Sociedad Preventiva Fremap se hizo cargo de la asistencia sanitaria encomendada a los servicios médicos de la empresa, además de llevar a cabo dicha entidad las labores propias de vigilancia de salud/prevenición"

Apoya la redacción en lo recogido en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia (folio 17) y de nuevo se accede a la pretensión por lo argumentado en relación a adiciones anteriores.

11. Adición de un nuevo hecho probado, que sería el quinto bis, con el siguiente contenido:

"En fecha 17-10-12 la actora recibe comunicación por parte de EULEN SOCIOSANITARIOS, del siguiente tenor literal:

Por medio de la presente le informamos que en fecha 18.10.2012 finaliza el contratado de DUE en la fábrica de Alcoa Europe, suscrito en su día entre EULEN SOCIOSANITARIOS S.A. y ALCOA EUROPE S.A cuyo servicio viene efectuando Ud. por cuenta de esta empresa.

Como consecuencia de lo que antecede, en la indicada fecha debería ser subrogado por la empresa que resulte adjudicataria de dicho servicio y, en consecuencia causará baja en la empresa en la fecha más arriba indicada, poniéndose, oportunamente a su disposición, la liquidación de los haberes y partes proporcionales que por todos los conceptos puedan corresponderle.

Esta circunstancia se pone en su conocimiento a modo de preaviso."

Se apoya la adición en el folio 125; la adición no procede al ser innecesaria, puesto que nada añade a lo ya recogido por la sentencia de instancia en sus hechos probados tercero y cuarto.

12. Adición de un nuevo hecho probado, que sería el quinto bis b) con el siguiente contenido:

"Habiendo tenido conocimiento la trabajadora de que la codemandada SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP pudiera ser la nueva adjudicataria del servicio que venía efectuando, en fecha 18-10-12, remite carta solicitando incorporación al servicio. La actora no recibió respuesta alguna al respecto."

Apoya la adición en el documento obrante al folio 128. La adición se admite en parte por completar la redacción judicial y apoyarse en documento válido acreditar la primera parte propuesta; no así la segunda puesto que tal documento por sí solo no acredita si la codemandada contestó o no a la petición de la actora. Por lo tanto se añade un nuevo hecho probado, que sería el quinto bis con el siguiente contenido: "Habiendo



tenido conocimiento la trabajadora de que la codemandada SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP pudiera ser la nueva adjudicataria del servicio que venía efectuando, en fecha 18-10-12, remite carta solicitando incorporación al servicio"

Pasamos a continuación a resolver las modificaciones fácticas solicitadas por la recurrente SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP S.L.U, para que se concreten en :

1.Modificación del hecho probado quinto para quede redactado con el siguiente contenido: "En octubre de 2012, la Sociedad de Prevención de FREMAP S.L.U amplió los servicios en materia de Vigilancia de la Salud que como Servicio de Prevención Ajeno venía prestando para ALCOA desde dos años antes, adscribiendo a ese servicio cuatro personas más además de las dos que ya tenía anteriormente adscritas."

Apoya la modificación en los folios 474 y 475. La modificación prospera en parte, en lo que se refiere a la adscripción de cuatro nuevas personas, puesto que el resto que se pretende adicionar con tal hecho probado ya consta incorporado al relato fáctico a tenor de las adiciones admitidas a la actora como hechos probados segundo bis y segundo bis a).

2. Introducir un nuevo hecho probado, bajo el número quinto bis, con el siguiente contenido:

"Ni el Convenio Colectivo Interprovincial de la Sociedad de Prevención Fremap SL., ni en el Convenio Colectivo Sectorial de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales se establece la obligación de subordinación del personal de las entidades o empresas que con anterioridad hayan prestado servicios que sean asumidos por estas Entidades de Prevención".

Apoya la adición en el contenido de los Convenio Colectivo obrante en autos (folios 435 a 450, y 451 a 473). La adición no procede puesto que se trata de una cuestión jurídica que no debe constar en sede fáctica.

En definitiva, y antes de continuar con el recurso, estimamos que es conveniente fijar el relato de hechos probados, que considerando la sentencia de instancia, el auto de aclaración, y las modificaciones fácticas admitidas, se fijan en:

*PRIMERO.- Dña Delfina presta servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa demandada EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A con antigüedad de 1 de septiembre de 1993.*

*Su categoría profesional es la de DUE, su jornada era de 40 horas semanales y el salario mensual, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias, el de 1.858 euros*

*La actora ha desarrollado desde el inicio de su relación laboral funciones de prevención y de asistencia sanitaria.*

*SEGUNDO.- Delfina , desde el inicio de la relación laboral, viene prestando servicios de DUE en el Servicio Médico de la empresa ALCOA INESPAL S.A , de ubicación en la fábrica sita en la localidad de ARTEIXO en A Coruña.*

*"SEGUNDO BIS.- En el Servicio Médico de ALCOA INESPAL prestaban servicios diversos ATS-DUE, unos contratados directamente por ALCOA y otros por otras empresas, realizando todos ellos idénticas funciones.*

*Tras el despido de la actora permanecen en el Servicio Médico de ALCOA un ATS-DUE, don Apolonio formalmente contratado por dicha entidad, y dos ATS-DUE - doña Rafaela y don Eulogio - que han sido contratados por la Sociedad de Prevención FREMAP, y que con anterioridad estaban adscritos a la codemandada EULEN"*

*SEGUNDO BIS A.- "La entidad ALCOA INESPAL había suscrito con EULEN contrato de fecha 01-07-2010 para la realización de Servicio de DUE en la fábrica de ALCOA INESPAL en La Coruña consistente en Atención Sanitaria para realizar primeras curas, inyecciones, asistencia accidentados, enfermos y personal de fábrica, planificación, citación y pruebas complementarias de reconocimientos médicos.*

Con fecha 27-04-2010 ALCOA INESPAL suscribió contrato con la Sociedad de Prevención de Fremap, con intención de contratar los servicios de Medicina del Trabajo para la fábrica. Entre las prestaciones a realizar, y como así consta en el anexo I de dicho contrato, se encuentran las actividades de la Vigilancia de la Salud, que se realizarán en las instalaciones de la fábrica durante cuatro horas al día durante 226 días laborales y analíticas. Dicho contrato de Servicio de vigilancia de la Salud en el centro de ALCOA de A Coruña ref. NUM000 , fue prorrogado en diversas ocasiones, y en fecha 18-10-12 y a solicitud de ALCOA INESPAL es ampliado cubriendo 24 horas al día teniendo por objeto la actuación de la Sociedad de Prevención de Fremap como Servicio de Prevención Ajeno en el contrato de Vigilancia de la Salud en el centro de ALCOA de A Coruña, ref, NUM000 .

*Entre los trabajos a realizar se encuentran: organización de reconocimientos específicos por puesto, pruebas de enfermería necesarias en el reconocimiento médico de VS, estudios epidemiológicos, revisión de protocolos, información y formación a trabajadores en temas de PRL relacionados con la salud, mantenimiento de la base de*



datos del software Servicio Médico y Archivo Histórico; detecciones precoces de salud relacionadas con trabajo. Daños o secuelas relacionadas con el trabajo y su impacto en la capacidad para trabajar, información sanitaria de interés identificada."

SEGUNDO BIS B): "La actora, para el desarrollo de su prestación de servicios utilizaba medios materiales facilitados por ALCOA. La actora tenía una dirección de correo con dominio alcoa.com"

TERCERO.- El día 3 de octubre de 2012 la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo, con fecha de efectos de 18 de octubre de 2012, invocando la finalización del Servicio de DUE en la fábrica de Alcoa Europe, con base al siguiente contenido:

Por medio de la presente le informamos que en fecha 18.10.2012 finaliza el contratado de DUE en la fábrica de Alcoa Europe, suscrito en su día entre EULEN SOCIOSANITARIOS S.A. y ALCOA EUROPE S.A cuyo servicio viene efectuando Ud. por cuenta de esta empresa.

Como consecuencia de lo que antecede, en la indicada fecha debería ser subrogado por la empresa que resulte adjudicataria de dicho servicio y, en consecuencia causará baja en la empresa en la fecha más arriba indicada, poniéndose, oportunamente a su disposición, la liquidación de los haberes y partes proporcionales que por todos los conceptos puedan corresponderle..."

CUARTO.- El día 17 de octubre de 2012 la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. entregó a la trabajadora carta de despido, con efectos del 18 de octubre de 2012, invocando la concurrencia de causas objetivas como fundamento del mismo con base al siguiente contenido:

Mediante escrito de fecha 03.10.2012 ya pusimos en su conocimiento la finalización el 18.10.2012 del contrato de Servicio de DUE en la fábrica de ALCOA EUROPE, suscrito en su día entre EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. y ALCOA EUROPE S.A cuyo servicio viene efectuando Ud. por cuenta de esta empresa. Aunque considerábamos que la nueva adjudicataria asumiría todo el personal que actualmente está realizando este servicio, dicha entidad nos ha comunicado que no procederá a incorporarla a su plantilla.

En dichas circunstancias y teniendo en cuenta que estaba Ud. adscrita al mencionado servicio, nos vemos obligados a proceder a la extinción, con fecha 18.10.12 de su contrato laboral por causas objetivas al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores . También le informamos que en este momento se pone a su disposición (mediante entrega de dos cheques, cuyas copias figuran en el reverso de esta carta) la indemnización de 20 días por año de servicio (antigüedad del 02.04.1997) que asciende a un total de 19.224,52 euros y la cantidad de 952,20 euros por los salarios correspondientes a los quince días de preaviso que no hemos podido concederle....

La actora no ha podido hacer efectivo el cheque relativo a la indemnización por cuanto una vez ingresado en la entidad Novagalicia Banco se le informó que había una orden de no pago-robo / extravío y además se le cobró por los gastos de devolución la suma de 672,86 (ojo comprobar cuantía de devolución)

La actora intentó el cobro del cheque relativo a la indemnización por despido objetivo, el día 9 de agosto de 2013, y una vez notificada la sentencia de instancia."

QUINTO.- La Sociedad Preventiva Fremap se hizo cargo de la asistencia sanitaria encomendada a los servicios médicos de la empresa, además de llevar a cabo dicha entidad las labores propias de vigilancia de salud/prevención , adscribiendo a ese servicio cuatro personas más además de las dos que ya tenía anteriormente adscritas."

QUINTO BIS.- Habiendo tenido conocimiento la trabajadora de que la codemandada SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP pudiera ser la nueva adjudicataria del servicio que venía efectuando, en fecha 18-10-12, remite carta solicitando incorporación al servicio"

SEXTO.- El acto de conciliación tuvo lugar el día 16 de noviembre de 2012 con el resultado sin avenencia respecto de las empresas ALCOA INESPAL S.A., EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A y SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP S.L., y sin efecto, por incomparecencia, respecto de las empresas FLEXIPLAN S.A., ETT RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL S.A., GYT CLAVE Y POLICLINICO MEDICO SANITARIO.

SEPTIMO.- Delfina no ejerció durante el año anterior a la fecha del despido la condición de delegada de personal o miembro del comité de empresa.

CUARTO.- Una vez fijado el relato de hechos probados entraremos a examinar los motivos que las recurrentes sustentan en el apartado c) del art. 193 de la LRJS .

La actora alega tres motivos:



Infracción por inaplicación de los artículos 43 y 44 del Estatuto de los trabajadores . La actora entiende que ha sido objeto de cesión ilegal que la verdadera empleadora, durante todos estos años, ha sido la empresa ALCOA- INESPAL S.A.

Infracción por inaplicación del art. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores . La trabajadora alega que la indemnización puesta a disposición por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS no le corresponde con la legalmente debida y además no se le ha puesto a disposición la suma indemnizatoria.

Infracción por inaplicación del art. 26 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , y las tablas salariales del Convenio Colectivo de Alcoa. La actora entiende que ser una trabajadora ilegalmente cedida el salario regulador no es el considerado por la sentencia de instancia, sino que sería el que le correspondería percibir aplicando el Convenio Colectivo de Alcoa.

La empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U. alega dos motivos:

Infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores . La recurrente alega que no se ha producido una sucesión por lo que no tiene por qué subrogar a la trabajadora actora.

Infracción del art. 56 del ET en relación con los art. 1156 y 1202 del Código Civil . La empresa alega que para el caso de que se confirme la sentencia recurrida procede descontar la del importe de la indemnización fijada por despido improcedente la cantidad de 19.224,52 ya percibidos por la actora en concepto de indemnización por despido objetivo.

A la vista de tales motivos es necesario una resolución interrelacionada de los mismos puesto alegados por ambas recurrentes puesto lo primero a determinar es quien es la verdadera empresa empleadora, y una vez concretada tal condición han de resolver los restantes, si bien la solución al segundo de los motivos alegados por la trabajadora (improcedencia del despido objetivo realizado por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A.) pasa por resolver el primer motivo alegado por la empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U. (que no tiene obligación de subrogar a la actora). A su vez el tercer motivo del recurso de la trabajadora pasa por la estimación del primer motivo del mismo recurso.

Como primer motivo por este cauce la representación de la trabajadora alega la infracción de los art. 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores . Si bien la recurrente invoca la infracción del art. 44 del ET entendemos que la misma está fuera de lugar ya que lo que combate en este motivo es la desestimación de la pretensión de la actora de que se considere cedida ilegalmente, por empresas RANDSTAD EMPLEO ETT S.A., ALCOA INESPAL S.A , EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A., FLEXIPLAN S.A. ETT, GYT CLAVE y POLICLINICO MEDICO SANITARIOS y a favor de la empresa ALCOA INESPAL S.A, siendo esta la verdadera empleadora de la trabajadora.

El referido precepto define y regula las consecuencias, tanto para los trabajadores - derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección en la empresa cedente o cesionaria, con los mismos derechos que le corresponda en condiciones ordinarias a un trabajador que en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal - y de los empresarios, cedente y cesionario que realicen una cesión ilegal, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

La jurisprudencia ha venido concibiendo la cesión ilegal contemplada en el art. 43 ET antedicho como un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, entendida esta como un fenómeno complejo en virtud del cual un empresario formal sustituye en el contrato de trabajo al verdadero empresario real, siendo este último quien incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección

Y como tal fenómeno interpositivo, implica, tal como ha señalado la doctrina científica y de lo que se ha hecho eco la jurisprudencia ( sentencias del TS de 14 de marzo de 2006, 14 de septiembre de 2001, entre otras), varios negocios jurídicos coordinados: 1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Recuerdan las sentencias señaladas que la finalidad " *que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los*



*derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000 , que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios."*

Y es en este supuesto (empresas dotadas de patrimonio y estructura propia) cuando se dan las mayores dificultades para delimitar la figura de la cesión ilegal frente a otra figura totalmente lícita cual es la de las contrataciones de obras y servicios, existiendo jurisprudencia abundante tanto para negar como para afirmar la existencia de cesión ilegal.

La doctrina judicial, partiendo de la individualización de cada caso a enjuiciar, realiza una aplicación ponderada de diversos criterios que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios ( STS de 7 de marzo de 1988 ), el ejercicio de los poderes empresariales ( STS de 12 de noviembre de 1988 , 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994 ), y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva..). De todos estos criterios en el que más se ha puesto el acento delimitador es en el ejercicio de los poderes empresariales, - actuando los otros criterios enunciados como complementarios o integradores del principal- siendo por lo tanto lo decisivo cual de las empresas ejercita, respecto del trabajador, el poder de empresario, para lo que habrá de examinarse la relación atendiendo a las notas esenciales de la relación laboral, cuales son la ajeneidad y dependencia, y así la jurisprudencia establece que aunque se haya acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria ( STS de 19 de enero de 1994 o 12 de diciembre de 1997 ) .

Asimismo esta Sala (sentencias del TSJ de Galicia de 26 de marzo de 2010 , o 17 de junio de 2010 , 19 de octubre de 2010 entre otras muchas) ha señalado que debe distinguirse, entre gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). Esta última, que es la que se refiere a las potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad (tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones concretas sobre el cumplimiento de las obligaciones e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales) no determina por sí sola la presencia de cesión ilegal, sino que habrá de atenderse a la gestión empresarial mediata, en donde se enmarca, como tanto el poder disciplinario del empresario, u otros determinantes como la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc.

A la vista de tal doctrina la denuncia no puede prosperar puesto que los únicos hechos probados en los que se fundamenta la recurrente no sustentan una declaración de cesión ilegal, y así la prestación de sus servicios en las instalaciones del Servicio Médico de la empresa ALCOA INESPAL S.A., ubicado en la fábrica de dicha localidad, y con los medios materiales existentes en el mismo, no es indicativo en este caso de cesión ilegal al ser esta el lugar en donde necesariamente han de prestarse los servicios de asistencia sanitaria contratados a EULEN SERVICIOS SANITARIOS S.A., ni que realice sus funciones de forma coordinada con trabajadores directamente contratados por ALCOA INESPAL S.A. puesto que eso formaría parte de la gestión inmediata, o del quehacer diario que no determina la existencia de cesión ilegal. Por otro lado como señala la sentencia de instancia, e incide la empresa ALCOA INESPAL S.A. al impugnar el recurso, el hecho de que existiera tal coordinación o una línea de actuación marcada en relación a todos los trabajadores que prestar sus servicios en dichas instalaciones, no supone que se encontraran bajo la dirección real y efectiva de un empresario distinto del que la contrató, y señala que nada se ha acreditado en este extremo ni se ha alegado en relación al tema de permisos, vacaciones, bajas, y otros aspectos concretos, manifestación de la que si bien discrepa la parte impugnante del recurso (puesto que entiende que estos extremos constan acreditados en el grupo 10 de su documental en el sentido de que era EULEN SERVICIOS SANITARIOS S.A. quien fijaba los horarios y los turnos apreciación que no podemos tener en consideración al no haber solicitado modificación fáctica en este sentido ) no permite a la Sala llegar a una conclusión distinta a la alcanzada por la Juez a quo. En todo caso sí queremos resaltar, como señala la empresa ALCOA INESPAL al impugnar el recurso de la trabajadora, la justificación técnica de la contrata y la autonomía de su objeto puesto que es evidente que las tareas



desempeñadas por la trabajadora despedida no forman parte de su objeto social ni constituye actividad propia de dicha empresa.

Por lo tanto procede la desestimación del primer motivo del recurso de la trabajadora así como la tercer motivo en el que se alega la vulneración de los art. 26 y 59 del Estatuto de los Trabajadores en relación con las tablas salariales del Convenio Colectivo de Alcoa ya que al no considerarse a la actora como una trabajadora ilegalmente cedida, el salario regulador del despido es el que percibía de EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A. en el momento en que esta ocurre, por lo que ninguna infracción se aprecia en este punto.

QUINTO.- Resolveremos a continuación la infracción alegada por la empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U en relación al art 44 del Estatuto de los Trabajadores al entender que en el presente caso se ha producido una sucesión legal, ni convencional.

En algunos sectores económicos, el principio de estabilidad en el empleo, que es esencial para los trabajadores y, a tenor de la sentencia del TS de 24-4-1991, informa el ordenamiento de las actividades de trabajo, se articula, en buena medida, a través del mecanismo de la sucesión empresarial al amparo del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores o de la subrogación impuesta en normas colectivas. Las sentencias del TS de 26-5-1999, recurso 2148/1998; 1-6-1999, recurso 2644/1998 y 28-6-1999, recurso 3842/1998, explican que una manifestación del principio de estabilidad en el empleo consiste en el necesario respeto de los derechos que correspondan al colectivo de trabajadores afectados por la sucesión empresarial.

Asimismo existen varios supuestos para la aplicación de tal figura siendo la división más básica la que distingue entre subrogación legal y la convencional

a) la subrogación legal prevista en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores que junto con el elemento de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma - requisito subjetivo-, exige la concurrencia de un requisito objetivo cual es la entrega de elementos patrimoniales que permitan continuar con la explotación.

b) la convencional que puede ser por concreto acuerdo entre la empresa entrante y saliente aun cuando no concurren los elementos previstos en el art 44 del ET, o bien por imponerlo un Convenio Colectivo, también sin necesidad de transmisión de elementos patrimoniales (concurrencia del requisito objetivo) supuesto que se contrae a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10-12-97, 31-3-1998, 30-9-99 y 29-1-2002 entre otras), o bien por imponerlo un tercero como por ejemplo al disponerlo así los pliegos de concesiones administrativas cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.

En el presente caso no consta la existencia de pacto entre las empresas codemandadas, ni tampoco se prevé la subrogación convencional el Convenio Sectorial de Sociedades de Prevención de Riesgos Laborales ni en el Convenio Colectivo interprovincial de la Sociedad de Prevención de Fremap. Por lo tanto solo nos queda una posible subrogación legal al amparo del art. 44 del ET así como de la jurisprudencia que ha recaído sobre la materia sobre todo con las bases de la dictada por el TJUE interpretando las Directivas comunitarias reguladoras de esta cuestión, y que amplían el fenómeno sucesorio a supuestos distintos a la transmisión de elementos materiales y patrimoniales, doctrina que es la que ha aplicado la sentencia de instancia para entender producida la sucesión en el caso de autos.

Como hemos dicho ha sido constante la evolución de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consciente de la importancia de esta figura en orden a garantizar derechos esenciales de los trabajadores en el caso de la transmisión de empresas. En su inicio, y bajo la vigencia de la Directiva 77/187/CEE, la jurisprudencia comunitaria se fundamentaba en la idea o concepto de empresa/actividad, pero posteriormente fue evolucionando hacia un concepto de sucesión basado en la idea de empresa/organización, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia 65/1986, de 18/03 y Asunto Spijkers; Sentencia 54/1994, de 14/04 y Asunto Schmidt) ha mantenido que el elemento decisivo para determinar la presencia de una sucesión de empresa se encuentra en el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o la parte esencial del personal.

Esta evolución comunitaria provoca la necesidad de promulgar una nueva Directiva, la 2001/23/CE y así se dice expresamente en los Considerandos de la misma para, entre otras cosas, reformular el concepto de traspaso, directiva que ha sido traspuesta a nuestro derecho interno en el artículo 44 del E.T, en virtud de la nueva redacción dada por la LMURMT. Y bajo la vigencia de esta nueva directiva.



El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha modulado los requisitos necesarios para que opere la sucesión empresarial tanto para el supuesto en el que aun sin producirse transmisión de medios materiales la nueva empresa asume la totalidad o bien un número significativo de la plantilla de la empresa antecesora, como cuando se trata de evitar que opere el fenómeno de la sucesión utilizando medios que oculten la misma (por todas, sentencias de 17-12-1997 , 20-11-2003 y 15-12-2005 ). Esta última sentencia hace hincapié en que "la Directiva 2001/23 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". Asimismo en reciente sentencia de 20 de enero de 2011 recuerda que la en virtud de su artículo 1, apartado 1, letra c), la Directiva 2001/23 es aplicable a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, y que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C 175/99, Rec. p. I 7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23). Asimismo en la referida sentencia de 20 de enero de 2011 señala que de forma reitera ha venido sosteniendo que la interpretación que se haga del concepto de transmisión ha de ser lo suficientemente flexible, no realizando una exclusiva interpretación literal del contenido de la Directiva 2001/23/CE habida a cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de la misma y de las divergencias, por lo que ha de considerarse incluido dentro del ámbito de protección de esta directiva todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa (véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, C 171/94 y C 172/94, Rec. p. I 1253, apartado 28 , y de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C 127/96 , C 229/96 y C 74/97 , Rec. p. I 8179, apartado 23). Flexibilidad que ha de mantenerse igualmente en aquellos supuestos en los que no se transmite una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo surge precisamente -como observa la STSJ Asturias 15/12/95 AS 4597- cuando se trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad -añadimos- a mecanismos no transparentes, como es el cierre de la empresa para abrir una vez superado un periodo de tiempo y resueltos los incidentes judiciales que se puedan plantear .

La recurrente apoya su pretensión señalando que todo lo argumentado hasta el momento no es aplicable al caso por dos motivos: a) porque no existe identidad entre la unidad productiva autónoma en donde prestaba servicios la trabajadora como empleada de EULEN y la nueva unidad productiva autónoma que ahora se pone en marcha con la contrata realizada a la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U. y b) que no se han demostrado la asunción de un número tan importante de trabajadores para entender la existencia de sucesión empresarial por "sucesión de plantilla"

En cuanto a lo primero si bien es cierto que en su origen los Servicios Médicos de empresa tenían por finalidad la prestación de servicios sanitarios, tal como se desprende de su Decreto de creación 1036/1959 de 10 de junio de 1959 y la Orden de 21 de noviembre de 1959 por el que se aprobó el Reglamento de los mismos, tal afirmación no puede realizarse de forma tajante desde la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 y el Reglamento de los Servicios de Prevención promulgado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero que deroga la normativa relativa a los Servicios Médicos de Empresa e integra los mismos dentro de lo que son los servicios de prevención propios, por lo que a partir de ese momento los anteriores Servicios Médicos de empresa, como servicio de prevención propio, no solo realizan tareas puramente asistenciales sino también actividades de prevención de la salud, como ocurre en el presente caso a tenor de lo que se concluye del reformado relato de hechos probados, puesto que la actora, desde el inicio de su relación laboral ha realizado funciones de prevención y de asistencia sanitaria, funciones que también realizaban el resto de sus compañeros. Pues bien tales funciones, a partir del año 2012 han pasado a ser realizadas por el servicio de prevención ajeno contratado por la empresa con la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP y ello por ampliación del contrato de vigilancia de salud en el centro ALCOA INESPAL S.A. suscrito entre estas partes, tal como se concluye del hecho probado segundo bis A) y el hecho probado quinto, por lo que sí existe una identidad entre una y otra unidad productiva puesto que la Sociedad de Prevención Fremap asume, por ampliación del inicial objeto contractual, las funciones que hasta ese momento se realizaban por el Servicio Médico de la empresa ALCOA INESPAL S.A., sin que aporte por dicha empresa un argumento razonable del porqué solo subrogó a parte del personal y no a la totalidad del mismo máxime si se tiene en cuenta - como se señala en el recurso y consta en el relato fáctico modificado- , que la ampliación del Servicio de Vigilancia de la Salud supone mantener dos de los cuatro trabajadores anteriormente contratados por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A., la adscripción de dos trabajadores que ya prestaban con anterioridad sus servicios para la Sociedad de Prevención Fremap, y la "contratación de dos nuevas personas", esto es, han contratado el mismo número de



trabajadores que el mismo números de los no han querido subrogar de los que antes prestaban sus servicios para EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A.

Por todo lo dicho no se estima este motivo de recurso manteniéndose el pronunciamiento impugnado.

SEXTO.- Una vez resuelto este motivo de recurso de nuevo nos centramos en el recurso planteado por la trabajadora, en concreto en el motivo II con sustento en el art. 193 c) de la LRJS, esto es la infracción del art. 52 y 53 Estatuto de los Trabajadores.

Si bien es cierto que, como señala ALCOA al impugnar el recurso, la cuestión relativa a la no puesta a disposición es novedosa al no contenerse mención de ningún tipo en la demanda, los motivos planteada por la trabajadora en este apartado del recurso carecen ya de objeto puesto que si bien EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A. procedió formalmente al despido objeto de la trabajadora, lo cierto es que la condena por despido improcedente debe recaer de forma exclusiva en la empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U por no haber subrogado a la trabajadora demandante. Por otro lado se produjo la entrega a la trabajadora de los cheques de forma simultánea a la comunicación extintiva sin que el hecho de que haya pretendido realizarlos casi un año después, y por lo tanto no fueran ya atendidos, pueda ser imputado a la empresa EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A.

SEPTIMO. Por último nos resta examinar la infracción alegada por la empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U en relación a los artículos 56.1 del ET, 1156 y 1202 del Código Civil señalando que la misma necesariamente ha de decaer puesto que además de no haber percibido la actora ninguna cantidad en concepto de despido objetivo no se puede pretender hacer cargar a la empresa EULEN SERVICIO SOCIO SANITARIOS S.A. con una parte de la indemnización por despido improcedente cuya condena ha de recaer en exclusiva sobre la empresa condenada en la instancia.

En definitiva, y por todo por argumentado, esperando la Sala haber dado respuesta a todas las pretensiones de las recurrentes e impugnantes, procede desestimar los recursos presentados con imposición a la empresa SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U de las costas procesales causadas, con inclusión de los honorarios de los letrados impugnantes de este recurso (la Letrada de la actora, y el Letrado de la empresa EULEN SERVICIO SOCIO SANITARIOS S.A.) que se fijan en 550 para cada uno de ellos, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la letrada Sra. Navarrete Rey actuando en nombre de la parte actora, así como el interpuesto por el letrado Sr. Fresco González, actuando en nombre y representación de la empresa condenada en la instancia, contra la sentencia de fecha doce de junio de 2013, aclarada por auto de fecha 18 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, en autos 1252/2012, sobre despido, seguidos a instancia DÑA Delfina, contra las empresas ALCOA INESPAL S.L., EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A., FLEXIPLAN S.A., ETT, RANDSTAD EMPLEO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL S.L., GYT CLAVE, POLICLÍNICO MEDICO SANITARIO, y la entidad SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP, siendo parte el FOGASA, confirmamos la misma en su integridad.

Se impone a la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN DE FREMAP S.L.U el abono de las costas procesales causadas, con inclusión de los honorarios de los letrados impugnantes de este recurso (la Letrada de la actora, y el Letrado de la empresa EULEN) que se fijan en 550 para cada uno de ellos, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 37 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).





Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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 la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ