



Roj: **STSJ GAL 2237/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:2237**

Id Cendoj: **15030340012015101438**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2015**

Nº de Recurso: **4908/2014**

Nº de Resolución: **1604/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15036 44 4 2014 0000121

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004908 /2014 // **MDM**

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000056 /2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de FERROL

Recurrente/s: EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SA

Abogado/a: JOSE MIGUEL ORANTES CANALES

Recurrido/s: VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL

Abogado/a: ANA MARIA REGO MARTINEZ

Recurrido/s: Tania

Abogado/a: JESUS PORTA DOVALO

ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS

ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a diecinueve de Marzo de dos mil quince.

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

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACIÓN 0004908/2014, formalizado por el letrado don José Miguel Orantes Canales, en nombre y representación de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de FERROL en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000056/2014, seguidos a instancia de D^a Tania frente a las entidades VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL y EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Tania presentó demanda contra las entidades VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL y EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha trece de Mayo de dos mil catorce, aclarada por auto de fecha dieciséis de mayo de dos mil catorce.

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

"PRIMERO.- Que la demandante, Tania, mayor de edad, con D.N.I. número NUM000, ha prestado servicios para la empresa demandada VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. desde el día 01 de Diciembre de 1997, ostentando la categoría profesional de auxiliar ayuda a domicilio y percibiendo por todo ello un salario mensual que asciende a 21.018,38 euros, con inclusión de la parte proporcional de las papas extraordinarias. Que los hechos aquí declarados probados han sido acreditados mediante los ramos de prueba documental bajo los números 1, 2, 3 y 5 aportados en el acto de juicio por la parte ahora demandante.- SEGUNDO.- Que en fecha 11 de Diciembre de 2013 la empresa demandada Valoriza Servicios para la Dependencia, S.L. pone en conocimiento de la trabajadora ahora demandante la subrogación a cargo de un nuevo empresario, la empresa demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. Que el tenor literal esencial de la citada carta de comunicación de subrogación fue el siguiente "...En Narón, a 77 de Diciembre de 2013. Por medio del presente escrito le comunicamos que, VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. deja de ser adjudicataria del Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Narón, motivo por el que deberá ser subrogada en todos sus derechos pro la nueva Empresa adjudicataria, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A., el día 12 de Diciembre de 2013. Por tanto, a partir del próximo día. 11 de Diciembre de 2013 causará baja en VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.D., por subrogación, debiendo comenzar a prestar servicios para la Empresa encargada del Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Narón, y ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio colectivo del sector de ayuda a domicilio de Galicia. Le informamos igualmente que en el plazo previsto en la legislación tendrá usted a su disposición la liquidación de haberes devengados hasta la fecha..." - TERCERO.- Que la empresa demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. vino siendo adjudicataria del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Narón desde el día 04 de Noviembre de 2009 hasta el día 11 de Diciembre de 2013. Que a fecha de efectos 12 de diciembre de 2013 pasó a ser adjudicataria del citado servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Narón la empresa demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., quedando expresamente establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares por el que se rige la adjudicación que, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Colectivo de ámbito autonómico de servicios de Ayuda a Domicilio, la empresa adjudicataria está obligada a subrogarse en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos los trabajadores en su anterior empresa.- CUARTO.- Que en fecha 29 de Noviembre de 2013 la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. remitió comunicación a la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. manifestando que, en atención a haber recibido ella la adjudicación definitiva del Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Narón le resultaba necesaria la información tendente a la oportuna subrogación de personal y usuarios. Que en fecha 02 de Diciembre de 2013 la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. remitió a la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. la documentación requerida para la subrogación. Que, a continuación, en fecha 04 de Diciembre de 2013 la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. contesta nuevamente a la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.A. manifestando su discrepancia con respecto a la relación de información contractual del personal en aras a la subrogación. Que tras diversas comunicaciones entre las dos empresas ahora demandadas, es en fecha 05 de Diciembre de 2013 cuando Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. manifiesta a Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. la falta de documentación de muchos trabajadores así como que, ante dicha circunstancia solo se llevará a cabo la subrogación de los trabajadores respecto de los cuales les sea remitida información completa. Que tras sucesivas comunicaciones posteriores, en fecha 11 de Diciembre de 2013 la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. notifica a la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. su intención de no proceder a diversos trabajadores entre los que se encuentra la ahora demandante, Tania, por el motivo literal siguiente "... Fermina (Carecer cuadrante-pertener al ISFAS-modificación contrato noviembre 2013)....". Que



todos los hechos aquí declarados probados han sido acreditados mediante el ramo de prueba documental bajo el número 9 aportado en el acto de juicio por la parte ahora demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A.- QUINTO.- Que la demandante, Tania , había sido contratada por la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. inicialmente en fecha 01 de Diciembre de 1997 firmando un contrato temporal a tiempo parcial para la realización de obra o servicio identificado como para la realización de las tareas de auxiliar del servicio de ayuda a domicilio en diversos servicios y finalmente -desde el día 21 de Noviembre de 2012- para el servicio concedido a los usuarios del SAD de Narón, acordándose posteriormente en fecha 22 de Noviembre de 2013, la conversión contractual pasando a convertirse en un contrato indefinido a tiempo parcial con expresión de jornada de trabajo ordinaria del 81,33% de las horas semanales. Que el Hecho Probado relativo a la asignación de la demandante al SAD de Narón resulta acreditado con el último documento del total de prueba documental aportada en el acto de juicio por la demandada Valoriza Servicio a la Dependencia, S.L.- SEXTO.- Que, con anterioridad al cambio de adjudicataria, Tania , venía desempeñando sus funciones sin asignación expresa de usuarios en la modalidad denominada en el sector como de corretornos para la cobertura en funciones de sustitución de los otros auxiliares que si tenían asignados expresamente usuarios, tras la pérdida de la gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio de ISFAS, de donde provenía la trabajadora. Que el presente Hecho Probado ha quedado acreditado con el documento número 2 de los aportados por la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. en el acto de juicio.- SÉPTIMO.- Que el Comité de Empresa de la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. remite en fecha 23 de abril de 2013 a la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Narón poniendo de manifiesto su discrepancia con el listado de personal a subrogar refiriendo expresamente que en el pliego figuraba un total de 73 trabajadores y que según su información (del propio Comité de Empresa) el personal del servicio se componía de 63 trabajadores.- OCTAVO.- Que desde el inicio de la adjudicación del servicio del SAD de Narón a cargo de la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., se ha producido una reducción de jornada que afecta a 12 trabajadores y no se ha efectuado contratación alguna vinculada al mismo.- NOVENO.- Que en fecha 17 de Enero de 2014 tuvo lugar la celebración del preceptivo acto de conciliación previa ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación adscrito a la Consellería de Trabajo y Bienestar de la Xunta de Galicia, concluyendo el mismo como celebrado sin avenencia, tal y como consta en el Acta levantada al efecto de dicho acto que consta unida al escrito de demanda rector como documento número 1."

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

"Que DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la trabajadora Tania , contra las mercantiles VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. y, en consecuencia, DEBO DECLARAR y DECLARO improcedente el despido de la trabajadora con fecha de efectos 12 de Diciembre de 2013 y por ello: DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a la demandada VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. de todos los pronunciamientos aducidos en su contra en el escrito de demanda rector; DEBO CONDENAR y CONDENO a la demandada EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. a estar y pasar por la declaración de improcedente del despido de la demandante y a que, en el plazo de 5 días desde el siguiente a la notificación de la presente Sentencia sin esperar a su firmeza, opte entre: -o bien readmita a la trabajadora Tania en su puesto de trabajo con idénticas condiciones laborales a las vigentes con carácter previo al despido y abonando a la trabajadora los salarios de tramitación que se hayan devengado desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente Sentencia, a razón de una cuota de 29,1 euros diarios. -O bien por indemnizar a la trabajadora en la cantidad de 20.420,93 euros, en concepto de indemnización por despido improcedente. Siendo que, de no optar por alguna de las dos variantes la empresa condenada, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A., se entenderá que procederá a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones laborales que ostentaba con carácter previo a su despido junto con el correspondiente abono a la misma de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución judicial, a razón de una cuota diaria de 29,10 euros. Todo ello, con obligación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (también FOGASA) de responder de la condena dentro de los límites legales establecidos."

Con fecha 16 de mayo de 2014 se dictó auto de aclaración del tenor literal siguiente:

"Que HA LUGAR a la aclaración de Sentencia de oficio respecto de la sentencia dictada en las presentes actuaciones en fecha 13 de Mayo de 2014 y, en consecuencia, DEBO EFECTUAR en la redacción del Fallo de aquélla el cambio siguiente 1.- Que el HECHO PROBADO PRIMERO de la Sentencia ahora aclarada de oficio pasa a tener el tenor literal esencial siguiente "...PRIMERO. - Que la demandante, Tania , mayor de edad, con D.N.I. número NUM000 , ha prestado servicios para la empresa demandada VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. desde el día 01 de Diciembre de 1997, ostentando la categoría profesional de auxiliar ayuda a domicilio y percibiendo por todo ello un salario mensual que asciende a 1.018,38 euros, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Que los hechos aquí declarados probados han sido acreditados mediante los ramos de prueba documental bajo los números 1, 2, 3 y 5 aportados en el acto de juicio por



la parte ahora demandante..." .- 2.- Que el FALLO de la Sentencia ahora aclarada de oficio pasa a tener el tenor literal completo siguiente "...Que DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la trabajadora Tania , contra las mercantiles VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. y, en consecuencia, DEBO DECLARAR y DECLARO improcedente el despido de la trabajadora con fecha de efectos 12 de Diciembre de 2013 y por ello: DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a la demandada VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. de todos los pronunciamientos aducidos en su contra en el escrito de demanda rector; DEBO CONDENAR y CONDENO a la demandada EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. a estar y pasar por la declaración de improcedente del despido de la demandante y a que, en el plazo de 5 días desde el siguiente a la notificación de la presente Sentencia sin esperar a su firmeza, opte entre: -o bien readmita a la trabajadora Tania en su puesto de trabajo con idénticas condiciones laborales a las vigentes con carácter previo al despido y abonando a la trabajadora los salarios de tramitación que se hayan devengado desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente Sentencia, a razón de una cuota de 33,95 euros diarios. -O bien por indemnizar a la trabajadora en la cantidad de 23.824,42 euros, en concepto de indemnización por despido improcedente. Siendo que, de no optar por alguna de las dos variantes la empresa condenada, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A., se entenderá que procederá a la readmisión de la trabajadora en las misas condiciones laborales que ostentaba con carácter previo a su despido junto con el correspondiente abono a la misma de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución judicial, a razón de una cuota diaria de 33,95 euros. Todo ello, con obligación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (también, FOGASA) de responder de la condena dentro de los límites legales establecidos...." .

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la demandante y por la empresa codemandada.

QUINTO: Elevados por el Juzgado 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 noviembre de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de marzo de 2015 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 estima en parte la demanda presentada por DÑA. Tania contra las empresas demandadas y declarando la improcedencia del despido condena a la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. a optar, en plazo y legal forma, entre el abono de la correspondiente indemnización, con extinción de la relación laboral, o a la readmisión de la trabajadora con el abono de los salarios de tramitación, absolviendo a la empresa codemandada VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte demandada condenada y formula recurso de suplicación en el que solicita que previa estimación del mismo se dicte sentencia por la que se estime la nulidad invocada, reponiendo los autos al momento anterior a dictarse la referida sentencia, o en su caso se revoque la recurrida desestimando íntegramente la demanda rectora del presente litigio, en lo que respecta a la responsabilidad de esta empresa.

El recurso ha sido impugnado por la empresa absuelta y por el trabajador.

SEGUNDO .- Para ello, la recurrente sustenta su primer motivo en el apartado a) del art. 193 de la LRJS , el cual tiene por objeto "reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión". La recurrente alega como normas procesales infringidas el art. 416.1.5 LEC en relación con el art. 104.a) LRJS y el art. 399 LEC y 24 de la CE . Lo que alega la recurrente es la excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda puesto que entiende que no se fijan, con la suficiente claridad, en el escrito iniciador del proceso judicial, cuáles eran las características particulares del puesto de trabajo desempeñado por la actora lo que manifiesta le causa indefensión.

Para resolver la petición de nulidad ha de tenerse en cuenta que 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, ostentando este último elemento (la evitación de indefensión) el papel protagonista a los efectos de decretar la nulidad de actuaciones solicitadas.



Así las cosas el examen de la cuestión no puede sólo ceñirse a la infracción cometida sino también si se ha producido una indefensión de la parte que invoca la nulidad, entendida esta como un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción. Así pues para apreciar tal vulneración y estimar la pretensión de nulidad es necesario: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE).

Centrándonos en este último requisito, el de que se haya producido efectiva indefensión, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones (entre otras en sentencias SSTC 70/1984 , 48/1986 , 89/1986 , 98/1987 y 140/1996) que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos todavía puede equipararse la indefensión con dimensión constitucional con cualquier infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas. Incide así el Tribunal Constitucional que no existe indefensión cuando «no se llega a producir 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»; pero además exige que la actitud del litigante cuyo derecho se haya visto presuntamente vulnerado, no haya sido pasiva o negligente puesto 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).

Partiendo de estas premisas la petición de nulidad no puede ser admitida ya que no se aprecia la indefensión que la recurrente dice que se le ha causado. La empresa condenada insiste en que la falta de concreción no radica en la categoría profesional, salario y antigüedad, sino en las características de su trabajo que solo deben constar, tal como establece el art. 104 a) LRJS "si las hubiere", por lo que si no las hay difícilmente se pueden hacer constar.

Si bien la empresa nada concreta parece ser que su pretensión guarda relación con su convencimiento de que la actora, en el momento del despido, en realidad no estaba adscrita al servicio de Ayuda a domicilio del Concello de Narón, y si lo estaba no era de forma exclusiva, pero las pruebas han demostrado que eso no era así por lo que difícilmente puede pretender la recurrente la estimación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda en el hecho de que no se haga constar en la demanda unos hechos o circunstancias particulares del puesto de trabajo que no se corresponden con la realidad máxime cuando la demandante reconoce desde su demanda que no es cierto su adscripción a ISFAS.

Por otro lado tampoco consta que la recurrente hubiera mostrado su oposición al decreto de admisión a trámite la demanda en la que se indica que la misma cumple todos los requisitos exigibles para su admisión.

Por todo lo indicado este primer motivo no prospera.

TERCERO .- A continuación la recurrente solicita la modificación de dos hechos probados, el primero por corrección y uno nuevo por adición de un párrafo, pretensión que sustenta en el apartado b) del art. 193 LRJS .

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 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 -vinculantemente- 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.

En primer lugar solicita la recurrente la modificación del hecho probado primero para que se sustituya el salario mensual que se hace constar por la Juzgadora de instancia en el auto de aclaración de fecha 16 de mayo de 2014 (1.018,38 €) por el 1000,37 € o subsidiariamente por el de 1009,07 €.

Apoya la redacción principal en la nómina del mes de noviembre de 2013 y la redacción subsidiaria en las nóminas de todos los meses del año 2013.

La pretensión de la recurrente en este punto es que se modifique el salario que se ha hecho constar por la Juez a quo, que se corresponde con el percibido por la actora en los meses de agosto y septiembre de 2013, por el percibido en el mes de noviembre de 2013 alegando que el salario regulador del despido es el correspondiente al de la mes anterior al mismo, esto es, el de noviembre de 2014, mes en el que percibió la cantidad de 1000,37 €, la cual se corresponde con la percibida también en el mes de octubre, señalando que los meses de agosto y septiembre de 2013 percibió cantidades mayores por el percibo de un complemento de domingos y festivos que no percibe el resto de los meses. De forma subsidiaria solicita que el salario regulador se calcule conforme a la media de los salarios percibidos por la actora a lo largo del ejercicio 2013 resultando la cantidad de 1009,37 €.

La recurrente tiene razón en relación con las alegaciones formuladas ya que el salario regulador ha de ser, en principio, el percibido en el mes anterior al despido. Sin embargo tal afirmación no permite la modificación fáctica solicitada ya que las pretensiones de la recurrente al respecto son de carácter jurídico por lo que tendrían que haber sido alegadas por la vía del apartado c) del art. 193 de la LRJS . Lo que la recurrente tendría



que haber solicitado, al discutirse cuál es el salario regulador, es que se tuviera por no puesto el salario fijado por la sentencia y en su lugar se hiciera constar como hecho probado que en el mes de noviembre de 2013 percibió un salario de 1009,37 € -para la petición principal- o todos los salarios percibidos en cada uno de los meses -para la petición subsidiaria-. Pero es que además hemos de tener en consideración que aun de prosperar la modificación fáctica solicitada la misma no tendría trascendencia a efectos de modificar, en su caso, la indemnización fijada en el auto de aclaración de fecha 16 de mayo de 2014 ya que la recurrente no formula ninguna denuncia jurídica al respecto.

En segundo lugar la recurrente solicita que se añada al hecho probado quinto un nuevo párrafo con el siguiente contenido: "Las jornadas prestadas por la actora en el SAD de Narón durante el año 2013 fueron: en Enero 12 horas; en Febrero 12 horas; en Marzo 30,31 horas; en Abril 31,22 horas; en Mayo 31,22 horas; en Junio ninguna; en Julio 18,55 horas; en Agosto 29,25 horas; en Septiembre 29,25 horas; en Octubre 22,31 horas; en Noviembre 27,93 horas y en Diciembre 29,26 horas".

Apoya la adición en los cuadrantes aportados por VALORIZA correspondientes al periodo de enero-diciembre de 2013.

De nuevo la modificación no procede porque los documentos en los que se apoya no evidencian el error de la Juez a quo quien ha considerado probado que la actora está adscrita al SAD de Narón sin que tales documentos prueben lo contrario. Y así no puede pretender la recurrente alegar la adscripción no es exclusiva relacionando tales cuadrantes con una jornada del 81,33% de la ordinaria (31.31 horas) puesto que dicha jornada es la que consta como fijada en el momento de la conversión de la contratación temporal en indefinida a tiempo parcial lo que ocurre en fecha 22 de noviembre de 2013 y por lo tanto posterior a los meses cuya jornada se pretende reflejar constando además en autos sendas modificaciones contractuales en las que se fija la jornada en 30 horas semanales, y posteriormente en 18 horas semanales. Por otro lado se aprecia en dichos cuadrantes que la actora figura como en situación de IT en dos meses (abril y mayo) por los mismos no acreditar la jornada real realizada en estos meses. Finalmente, de estimar a meros efectos hipotéticos la pretensión de la recurrente y que desde el principio del año 2013 fuera la de 31,31 horas lo que acreditan tales cuadrantes es que en algunos meses no se ha cumplido la jornada pactada, pero no que la demandante esté adscrita a otro servicio.

Por lo tanto el relato fáctico se mantiene inalterado.

CUARTO .- A continuación la recurrente alega, al amparo del art. 193 c) de la LRJS T infracción por apreciación indebida del art. 15 del Convenio Colectivo para la Actividad de Ayuda a domicilio de la CCAA de Galicia, así como del art. 70.1 del Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal en relación con el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, así como por la concurrencia de fraude de Ley por parte de la codemandada VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL y la demandante.

A la vista del relato de hechos probados, que no ha resultado modificado, el recurso no puede prosperar. En relación con la aplicación del fenómeno de la subrogación o sucesión empresarial en el caso de sucesión de contratatas o concesiones administrativas la Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que: "Los supuestos contemplados en el art. 44 ET nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros (STC 66/1987, de 21/Mayo), de forma que en la sucesión de contratatas o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se trasmite la unidad productiva; en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial, o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión (SSTS 05/04/93 -rcud 702/92 - 29/04/98 -rec. 1696/97 -; 10/07/00 -rcud 923/99 -; 18/03/02 -rcud 1990/01 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -).

Por ello necesariamente hemos de concluir que junto con la subrogación legal (que exige la concurrencia de los elementos del art 44) existe la convencional que puede ser de varios tipos con origen en un acuerdo, individual o colectivo, entre las partes implicadas o bien por imposición de un tercero puesto que como antes vimos el Tribunal Supremo, en la Sala de lo Social diferencia entre la imposición por norma sectorial y la imposición por pliego de condiciones ya que utiliza la conjunción disyuntiva "o", que implica una opción o alternativa entre una y otro, y no la conjunción copulativa "y" que es la que parece desprenderse de las alegaciones realizadas por el recurrente.

Así como muy claramente explica la muy bien fundamentada sentencia del TSJ de Madrid de 20 de junio de 2014, rec. 311/2014, esta vez de la Sala de lo Social, los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:



- a) Sucesión legal regulada en el art. 44 del ET , no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), aplicable a los altos directivos (STS de 27 septiembre 2011), reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva...
- b) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.
- c) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el art. 44 ET aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto y en cuanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, (normalmente entrega de una determinada documentación y cumplimiento de una determinada antigüedad) no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10 de diciembre de 1997 , 9 febrero y 31 marzo 1998 , 30 septiembre 1999 y 29 enero 2002), de efectos limitados a los prevenidos en el convenio sin llegar a establecer responsabilidades solidarias en materia salarial y de Seguridad Social, pues de no ser así se produciría un régimen "muy severo" (STS de 20 octubre 2004).
- d) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, por todas STS 29 febrero 2000 , que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil
- e) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación, el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25 enero 2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31 octubre 2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. ...
- f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal (LC), en concreto art. 100.2 y 149 de la misma.

Pues bien en el presente caso la subrogación no solo viene establecido en el pliego de prescripciones técnicas para la contratación de servicio de Ayuda al Hogar y en el de condiciones administrativas por remisión a lo dispuesto en el Convenio Colectivo Autonómico sino también en el referido Convenio Autonómico cumpliéndose en el caso de autos los requisitos establecidos en el art. 15 del mismo ya que la trabajadora, en el momento de la subrogación, se encontraba en activo en el servicio y con una antigüedad de adscripción a dicho servicio superior a los cuatro meses que es la mínima exigida por la norma convencional.

Tampoco es admisible la alegación realizada por la empresa en relación con la vulneración del art. 70 del Convenio Colectivo Marco Estatal al no haberse admitido la modificación fáctica instada en relación al hecho probado quinto por lo no existe ningún elemento para afirmar que la actora no estaba adscrita de forma exclusiva al SAD de Narón como establece la Juez a quo. Pero en todo caso, y a meros efectos hipotéticos, de ser cierta que la adscripción no era exclusiva, ello no impide que opere la subrogación puesto que el pliego de condiciones administrativas se remite al Convenio Colectivo autonómico, en donde no se exige tal adscripción exclusiva y de hecho obra en las actuaciones (burofax al que se refiere la impugnante en la página nueve de su recurso) que la empresa EULEN junto con la negativa a subrogar a siete trabajadores también comunica su decisión de subrogar a algunos de los trabajadores solo en la parte de la jornada que trabajaban para el Concello de Narón , con lo que admite la subrogación en relación a trabajadores que no estaban adscritos de forma "exclusiva" al SAD de Narón.

Por otro lado, y en lo que se refiere al fraude de ley, el mismo viene contemplado en el art. 6.4 del Código Civil , norma que declara ejecutados en fraude de Ley los actos realizados al amparo de un precepto que persigan un resultado contrario al ordenamiento jurídico, y que el mismo se produce cuando, bajo una conducta con apariencia de licitud, realizada al amparo de una norma jurídica que le da cobertura, se persigue realmente obtener de manera torticera, un beneficio no protegido por tal norma. En cuanto a la apreciación de tal figura la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido declarando con reiteración, que el fraude de ley no se presume nunca, y quien lo alega ha de probarlo; pero también se ha sostenido que en ocasiones que la evidencia de la intención constitutiva del fraude, solo puede obtenerse por vía de presunción humana por ser precisamente el elemento de engaño que caracteriza el fraude el que no confesara el que lo comete, siendo en todo caso necesario que la conclusión se asiente sobre hechos debidamente acreditados y que derive de ellos de forma directa y precisa conforme a la reglas de la lógica del criterio humano.



Pues bien, no existe ningún elemento que permita deducir tal actuación fraudulenta con respecto a esta concreta trabajadora puesto que tal como se refleja en el hecho probado quinto la adscripción de la misma al SAD se produce el 21 de noviembre de 2012, por lo que ha de entenderse que la actora era una de esas 63 trabajadoras a las que se refiere el escrito que el Comité de Empresa de VALORIZA S.A. remite a la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Narón en fecha 23 de abril de 2013, lo que se ve corroborado por los cuadrantes de turnos en los que se apoya la recurrente para solicitar la modificación del hecho probado quinto en los que se aprecia que la actora sí prestaba servicios de forma efectiva en dicho servicio con anterioridad a abril de 2013. El único hecho que ha resultado acreditado en relación con esta trabajadora, y en una fecha relativamente próxima a la de subrogación, es la conversión del contrato temporal a tiempo parcial en un contrato indefinido a tiempo parcial, circunstancia que no supone ninguna modificación a efectos de que operase la subrogación ya que en la redacción convencional no se discrimina entre trabajadores temporales e indefinidos.

Finalmente tampoco es admisible la cuestión planteada en relación a que no existe subrogación por no existir una falta de identidad de la contrata por variación de su objeto; y así por un lado, además de no constar que tal cuestión hubiera sido planteada en la instancia, los datos fácticos en los que se apoya (hecho probado séptimo y octavo) no sustentan la variación denunciada. Para ello sería necesario la comprobación del servicio en su día contratado por el Concello de Narón con VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL con el servicio contratado por dicha Administración Local con EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SA y el primer término necesario para la comparación no obra recogido en ningún hecho probado ni se ha solicitado su adición por la parte recurrente.

Por lo tanto este motivo de recurso se desestima en su integridad considerándose ajustado a derecho el pronunciamiento de instancia en relación a la declaración de improcedencia del despido de la actora con condena exclusiva a la empresa EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SA.

QUINTO .- En el último motivo de recurso, también al amparo del art. 193.c) de la LRJS alega la infracción por apreciación indebida del art. 15 del Convenio Colectivo para la Actividad de Ayuda a domicilio de la CCAA de Galicia en sus apartados 5 y 6 así como del art. 70.2 del Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal preceptos en los que se dispone, en esencia, que cuando la empresa saliente no cumpla los plazos indicados y los requisitos previstos en lo que se refiere a las comunicaciones y documentos que ha de remitir a la empresa entrante relativos al personal a subrogar, ello no impedirá la obligatoriedad de la subrogación por parte de la empresa adjudicataria, siempre que finalmente se acredite el derecho de las personas trabajadoras a ser subrogadas, pero que en este caso serán a cuenta de la empresa saliente los salarios que se devenguen desde la fecha de la nueva adjudicación hasta que la subrogación se produzca por retraso injustificado en cumplir los requisitos expuestos.

Lo que pretende la recurrente, con amparo en dichos preceptos, es que se le imponga a la empresa absuelta, VAROLIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL, el abono de los salarios de tramitación en el caso de que EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SA opte por la readmisión de la trabajadora. La pretensión que de nuevo no nos consta se hubiera planteado en la instancia constituyéndose así una cuestión nueva que no debe ser resuelta en recurso de suplicación, no puede ser objeto de estimación. Por un lado no se ha acreditado la existencia de los elementos fácticos necesarios ya que no consta que la empresa saliente no hubiera comunica en plazo todo lo que debía a la entrante y así consta expresamente en el hecho probado cuarto que: "Que en fecha 02 de Diciembre de 2013 la demandada Valoriza Servicios a la Dependencia SL remitió a la demandada Eulen Servicios Sociosanitarios SA la documentación requerida para la subrogación". Pero es que además tampoco concurre el supuesto de hecho que haría entrar en juego el contenido de los preceptos cuestionados ya que la regulación convencional está prevista para el supuesto en el que la subrogación se produce de forma voluntaria, y no contenciosa como es en el caso de autos en el que se ha tenido que acudir a la vía judicial para que la misma se imponga por vía de ejecución de sentencia, y en esta tesitura lo que necesariamente ha de primar es el efecto legal impuesto por el legislador, esto es, la condena al empresario con todos los efectos legales del despido improcedente entre los que se incluye, ex art. 110.1 LRJS, el abono de los salarios de tramitación.

En definitiva, y por todo lo argumentado hemos de concluir que la sentencia de instancia no es merecedora del reproche jurídico que se realiza por la recurrente por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto confirmando la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos, con imposición de las costas causadas a la empresa recurrente, con inclusión de los honorarios de ambos Letrados impugnantes del recurso (de la trabajadora y de la empresa saliente) que se fijan en 550€ para cada uno de ellos decretándose igualmente 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 el Letrado D. José Miguel Orantes Canales, actuando en nombre y representación de la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA contra la sentencia de fecha trece de mayo de dos mil catorce, posteriormente aclara por auto de 16 de mayo de 2014, dictados por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, en autos 56/2014, sobre despido, seguidos a instancia de DÑA. Tania y contra la empresa VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL y contra la empresa recurrente debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

Asimismo se imponen las costas a la empresa demandada recurrente, condenándole igualmente al abono de los honorarios de ambos Letrados impugnantes del recurso (de la trabajadora y de la empresa saliente) que se fijan en 550€ para cada uno de ellos decretándose igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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.