



Roj: **STSJ EXT 805/2017 - ECLI:ES:TSJEXT:2017:805**

Id Cendoj: **10037340012017100425**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2017**

Nº de Recurso: **339/2017**

Nº de Resolución: **442/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00442/2017

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

C/PEÑA S/N

Tfno.: 927 62 02 36-37-42 Fax: 927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2016 0001799

RECURSO DE SUPLICACIÓN Nº 339/17

Procedimiento de origen: DEMANDA Nº 361/16 del Juzgado de lo Social Nº 1 de Badajoz.

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

Recurrente/s: SERVUCCIÓN AUXILIARES S.L

Abogado/a: D. JOSÉ CARLOS GUERRA LUNA

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s : D. Leovigildo , PRESTACIÓN DE SERVICIOS AUXILIARES S.L

Abogado/a: D. PABLO GÓMEZ PÉREZ, D^a ÁNGELES RAMIRO GUTIÉRREZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

D^a ALICIA CANO MURILLO

D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

En CÁCERES, a Veintidós de Junio de Dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. de EXTREMADURA, 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 N° 442/2017

En el RECURSO SUPPLICACIÓN N° 339/17, interpuesto por el Sr. Letrado D. JOSÉ CARLOS GUERRA LUNA, en nombre y representación de SERVUCIÓN AUXILIARES S.L, contra la Sentencia número 99 /17, dictada por el Juzgado de lo Social N° 1 DE BADAJOZ , en el procedimiento DEMANDA n° 361/16, seguido a instancia de D. Leovigildo , parte representada por el Sr. Letrado D. PABLO GÓMEZ PÉREZ, frente a PRESTACIÓN DE SERVICIOS AUXILIARES S.L, parte representada por la Sra. Letrada D^a ÁNGELES RAMIRO GUTIÉRREZ, y frente a la PARTE RECURRENTE, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. SR. D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Leovigildo presentó demanda contra SERVUCION AUXILIARES SL y PRESTACIÓN DE SERVICIOS AUXILIARES S.L, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 99/17 de fecha 24 de febrero de 2017 .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados :" *PRIMERO: El demandante, Leovigildo ha venido prestando sus servicios con una antigüedad de 1-08-07 en la 41, empresa en primer término demandada PRESTACION DE SERVICIOS AUXILIARES S.L. (PRACON), empresa especial de empleo, como controlador y portero, en el inmueble del Diario Hoy en esta ciudad, percibiendo una retribución diarias sin pagas extraordinarias, de 29,26 euros. SEGUNDO: Con fecha de 11-05-16 los mismos servicios de portería del inmueble fueron adjudicados a la codemandada SERVUCION AUXILIARES S.L., sin que permitiera al actor la prestación del servicio, que inició a las 23 horas de dicho día. El día 19 Pracón le comunicó que el Periódico Hoy le había manifestado que los servicios no iban a ser prestados por ninguna otra empresa, por lo que al tener conocimiento que la codemandada había sido adjudicataria de las mismas, pasaría a ser subrogada por ésta, a la que remitió la documentación correspondiente. Al mismo tiempo le comunicó su baja de la misma. TERCERO: Precedida del correspondiente acto de conciliación que se celebró en la UMAC sin resultado alguno, presenta demanda eh el Juzgado de lo Social por despido improcedente, demanda dirigida también contra la empresa Corporación de Medios de Extremadura S.L., si bien, desistió de esta última. CUARTO: El contenido del arrendamiento de servicios auxiliares concertado entre la empresa Corporación de Medios de Extremadura con ambas empresas el 12-07-10 y el 11-05-16 es prácticamente el mismo, fundamentalmente el control del acceso de personas y de vehículos al recinto, y el cuidado y vigilancia en general de sus instalaciones".*

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva :" *Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Leovigildo contra SERVUCION AUXILIARES S.L. y contra PRESTACION DE SERVICIOS AUXILIARES S.L., -sobre despido, y absolviendo libremente a la primera de ellas, debo declarar y declaro como IMPROCEDENTE el cese del que ha sido objeto aquél por parte de dicha empresa con efectos de 13-04-16, condenando a la misma a estar y pasar por la presente declaración, así como a que opte, en el plazo de CINCO DIAS, entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, con las mismas condiciones y abono de los salarios dejados de percibir hasta que tal readmisión se produzca, o a la extinción de la relación laboral y pago de una indemnización en cuantía de 5.192,77 Euros".*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SERVUCIÓN AUXILIARES S.L interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 16 de mayo de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, 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: Es objeto de suplicación, la sentencia 99/2017 de 24 de febrero del Juzgado de lo Social número 1 de Badajoz , que estima la demanda interpuesta por Leovigildo contra SERVUCIÓN AUXILIARES SL y contra PRESTACION DE SERVICIOS AUXILIARES, sociedad limitada, sobre despido, y absolviendo libremente



a la primera de ellas declara como improcedente el cese de que ha sido objeto aquél por dicha empresa con efectos de 13 de abril de 2016, ordenando a la misma a estar y pasar por la presente declaración, así como a que opte, en el plazo de 5 días, entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, con las mismas condiciones y abono de los salarios dejados de percibir hasta que tal readmisión se produzca, o a la extinción de la relación laboral y al pago de una indemnización en cuantía de 5.192,77 euros.

Con fecha 10 de marzo de 2017 se dictó auto en que se aclaraba la sentencia, señalando que la empresa condenada es SERVUCCIÓN AUXILIARES, sociedad limitada, y que la indemnización por despido improcedente ascendería a 10.102,54 ?.

Se presenta recurso de suplicación por la citada empresa SERVUCCIÓN AUXILIARES y, en primer lugar, solicita una modificación fáctica que guarda relación con la fecha de antigüedad computable, lo cual consideramos que debe apreciarse o entrarse en su objeto en caso de que el despido se declarase improcedente, de ahí que vayamos a la segunda causa referente a una modificación del hecho probado segundo de la misma, en la que pide que se añada que: " lo mismo ocurrió con otro compañero de trabajo del actor que prestaba servicios en el periódico HOY, Alexander ", pretensión que se apoya en el folio 50 y en los folios 51 a 59 del ramo de prueba de SERVUCCIÓN AUXILIARES sociedad limitada, consistente en el burofax remitido por PRACON, sociedad limitada, a la recurrente el 19 de mayo de 2016 y en la documentación remitida por PRACON a la ahora recurrente el 13 de mayo de 2016 por correo electrónico, dando cuenta de los trabajadores que prestaban servicios para PRACON, sociedad limitada, en el diario HOY de Extremadura, donde se reconoce expresamente por PRACON, que eran dos los trabajadores que prestaban su trabajo en ese servicio, concretamente, el actor y su compañero Alexander .

La adición que se pretende el suplicante tiene como finalidad determinar, con claridad, que ninguno de los trabajadores que prestaban servicios para PRACON en el diario HOY de AUXILIARES ,sociedad limitada, y en consecuencia valorar si la actuación de SERVUCCIÓN AUXILIARES, sociedad limitada, reúne los requisitos del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores , a los efectos de declarar la existencia de sucesión de empresas o, por el contrario, no han concurrido los requisitos exigidos por la citada norma y no procede la subrogación, lo que daría lugar al pronunciamiento de la sentencia de instancia.

Al amparo del apartado C) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social considera que para que exista una subrogación por cambio de titularidad es necesario o bien una transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad, con infraestructura material o cuando se trate de contratación de los servicios, es necesario que se emplee un número de trabajadores cualitativa y cuantitativamente relevante procedente de la empresa saliente , considerando que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no opera de forma automática en los cambios de contrata, señalando que lo relevante es que la empresa entrante asuma una parte importante de la plantilla de la empresa saliente, pues en caso contrario, no nos encontraríamos ante el supuesto de sucesión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de cambio de contrata, ya que lo decisivo es que se produzca, realmente, un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad, siendo necesario, en cualquier caso, que la entidad cesionaria se haga cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla anterior, entendiéndose que la recurrente no tenía obligación legal ni convencional de asumir personal de PRACON, sociedad limitada, ni asumió voluntariamente un porcentaje de plantilla, que le obligaría a llevar a cabo la subrogación por vía del artículo 44, suplicando que se le absuelva de la acción de despido ejercitada en el sentido de declarar y reconocer que la no subrogación del actor por parte de la recurrente fue una decisión ajustada a Derecho y que no vulnera el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , reconociéndose la no existencia de despido con los efectos legales inherentes que conlleva tal declaración.

Por parte de Don Leovigildo se impugna el recurso de suplicación y dejando al lado, de momento, la modificación del hecho probado primero, referente a la antigüedad y salario destaca que por el suplicante se intenta incluir, a su conveniencia, hechos probados de la sentencia de instancia que nada tienen que ver con la cuestión que nos ocupa , no quedando acreditado que se haya producido un error judicial, y al amparo del apartado C) del artículo 193 destaca que resulta de aplicación el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad que establece en el artículo 27.1, la obligación que tiene una empresa entrante en una contrata en subrogar a los trabajadores adscritos a dicha contrata, entre los cuales se encuentra el actor, alegándose de contrario, que a la suplicante no era aplicable el citado convenio, que no contaba con forma jurídica de centro especial de empleo, lo cual ha sido resuelto por la jurisprudencia en el sentido de que tal circunstancia no enerva tal obligación, considerando que de forma subsidiaria debe aplicarse la literalidad del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , merced a la jurisprudencia surgida con relación a las obligaciones impuestas por el Derecho Comunitario, señalando la empresa prestación de SERVICIOS AUXILIARES, sociedad limitada, que impugna el citado recurso, que el juzgador a quo ha realizado



correctamente el proceso lógico que anuda la libre valoración de la prueba con la asunción de las normas aplicables, y lo ha explicitado en la sentencia, pronunciándose de forma clara y ajustada a Derecho.

SEGUNDO. - El derecho a la efectividad de la tutela judicial a que se refiere el artículo 24,1 de nuestro texto constitucional incluye el derecho al acceso a los recursos contemplados en la Ley, en los términos concretos en que vengan establecidos en la normativa procesal ordinaria, y siempre que así esté contemplado en la misma (STC nº 255 de 20-6-93), pues se otorga también tutela judicial efectiva, conforme a doctrina constitucional constante, cuando el legislador ha diseñado una regulación procesal en la que solamente existe una única respuesta judicial razonada (SSTC nº 132, de 15-6-97 o nº 111, de 5-5-00). E igualmente, las partes deben someterse a todas las exigencias formales previstas para el acceso a los recursos (SSTC nº 149, de 3-5-93 nº 170 , de 27-9-99), que están establecidas como una garantía para todas ellas, cuyo cumplimiento no es por tanto un capricho del legislador ni de los órganos judiciales, ni afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (STC nº 89, de 21-4-89), siendo precisamente por eso por lo que está reglada la necesaria intervención en este recurso de profesional perito en derecho (actualmente, o Letrado o Graduado Social). Aunque se deban de interpretar las mismas en un sentido no rigorista, favorecedor del acceso al recurso (STC nº 4. de 10-1-95), siempre que con ello no se genere indefensión a las demás partes contraria al artículo 24,1 CE , ni tampoco suponga una alteración de la seguridad jurídica (artículo 9,3 CE).

En el caso del concreto Recurso de Suplicación, actualmente regulado en los artículos 190 a 204, y de modo común con la Casación, en los 229 a 235, todos ellos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10-11, se señala de modo expreso y claro cuáles son las exigencias formales que se deben cumplimentar por parte de los recurrentes, en atención a los motivos tasado de este tipo de recurso, cuasi casacional, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes su cumplimiento (STC nº 75, de 14-3-94), y debiendo controlarse ello por los órganos judiciales (STC nº 165, de 16-10-89). Y así, únicamente se prevé la posibilidad de que el recurso se pueda formalizar con base en alguno de los tres motivos que se señalan en el artículo 191 de dicho texto adjetivo, cumpliendo de modo ineludible las exigencias esenciales que se derivan de dicho precepto y del 194 LRJS , conforme ha sido interpretado por parte de la jurisprudencia. Pudiendo dictarse una resolución judicial que sea desestimatoria del recurso formalizado como consecuencia del incumplimiento insubsanable de las exigencias formales esenciales, sin que ello comporte denegación de tutela judicial (SSTC nº 92, de 23-5-90 y nº 109, de 20-5-91).

TERCERO - Debe así señalarse de un modo claro, que permita su entendimiento por las otras partes, así como por el Tribunal que lo debe de resolver, que:

A) Si se solicita la nulidad de la Sentencia recurrida (conforme al apartado a) del artículo 193 LRJS de 10-10-11), por alegarse la existencia de una presunta infracción de una norma procesal causante de indefensión, se debe de señalar en ese caso, de un modo claro, preciso y concreto, cual sea la misma, así como razonando sobre la imposibilidad de otra solución procesal menos traumática, y detallando en que consista tal indefensión, exigencia ineludible para que pueda prosperar el motivo. La omisión del concreto cobijo procesal en que se ampara (el artículo 193, a) LRJS citado) no será obstáculo para dar contestación al motivo, siempre que sea entendible la finalidad perseguida en el mismo, de tal modo que esa omisión no produzca indefensión a las demás partes.

B) Si lo que se pretende es la modificación de los hechos tenidos como probados, debe cumplirse entonces con las siguientes exigencias, sucintamente enumeradas:

1º) Se debe señalar con la debida precisión cual es el concreto hecho probado (o parte del mismo), que se pretende modificar por adición, eliminación o por sustitución de todo o de parte de su contenido. Sin que sea posible pretender, con base en el apartado b) del artículo 193 LRJS , que se modifique la redacción de la Sentencia, más en concreto, de su fundamentación jurídica,

2º) Que, según sea lo pretendido, se ofrezca de modo literal el texto que se propone introducir en su lugar, o bien el hecho o párrafo concreto que se pretende aditar o eliminar.

3º) Que se cite de modo pormenorizado y claro cuál sea el concreto apoyo probatorio idóneo (documental o pericial), de los practicados y obrantes, que considera que sirve de soporte a la modificación pretendida, sin que sea por tanto admisible ni una indicación genérica, ni la alusión a otros medios de prueba distintos de los aludidos (testifical o interrogatorio de las partes), ni tampoco el que, en su opinión, no existan medios de prueba de los que derive la conclusión fáctica judicial de la que disiente.

4º) Que esos documentos o pericias a los que se remite pongan de manifiesto de modo claro, evidente, directo, patente y contundente, sin que sea necesario tener que acudir para ello a conjeturas de clase alguna, ni a elucubraciones, suposiciones o argumentaciones añadidas, para dejar patente tanto la equivocación sufrida en instancia, como la realidad de la revisión propuesta.



5º) Finalmente, pero no por ello es menos importante, la revisión pretendida debe de tener trascendencia resolutoria, es decir, incidir sobre la decisión que deba de adoptarse para dar solución al litigio, de tal modo que si fuera intrascendente, no cabría su admisión. Lo que debe ir, generalmente, unido a la existencia de una consecuencia jurídica que esté explícitamente manifestada en el recurso, normalmente mediante un motivo de infracción del derecho, pues en otro caso sería el Tribunal el que debería aplicar de oficio la misma, lo que podría vulnerar el derecho de defensa de las demás partes.

Por lo tanto respecto al motivo de Suplicación consistente en la revisión de los hechos tenidos como probados en la Sentencia de instancia recurrida debe tenerse presente:

1) Que no cabe pretender introducir cuestiones fácticas nuevas, que no hayan sido discutidas hasta ese preciso momento en el procedimiento, en cuanto que las otras partes no habrían podido proponer, ni por tanto practicar, ningún medio de prueba respecto a ese extremo, con la consiguiente alteración del contorno litigioso y grave indefensión a su derecho.

2) Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cual sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación, con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, al igual que si lo que se pretende es aditar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado, de tal modo que exista la necesaria claridad en la propuesta, y sean así posibles las alegaciones de contrario.

3) Debe igualmente indicarse de modo inexcusable y con el suficiente detalle, conforme se establece por el artículo 196,3 LRJS, el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el artículo 193,b) de la LRJS citada que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que, por ejemplo, no cabe una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (STS de 11-7-96). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical, con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97,2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el juzgador de instancia, pues no pierden su naturaleza probatoria propia por la mera circunstancia de que, de acuerdo con la exigencia del artículo 89,1 LRJS, se haya dejado constancia sucinta, aunque suficiente, del contenido de su práctica, en el Acta del juicio o grabación, pues no alcanzan por esa traslación material el valor de prueba documental, ni cabe tampoco poder referirse al contenido la propia Sentencia combatida, mucho menos a su argumentación jurídica, como soporte de la revisión de hechos pretendida.

4) Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos como apoyo de la propuesta de revisión, lo siguiente: a) Que deben de tener realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (artículo 299,1,1º LEC), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio (como obliga el artículo 89,1,c),1º de la Ley Procesal Social), no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (STS de 16-5-90), no transformándose por lo tanto en prueba documental; b) Ni tampoco cabe acogerse a meras fotocopias que no estén adverdadas con su original, que no tienen, a estos efectos de Suplicación, esa naturaleza de documento (así, SSTS de 19-12-89, 2-11-90, 25-2-91 o 25-1-01, entre otras); c) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineluctablemente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95); d) No cabe tampoco en principio, atribuirle dicha cualidad documental al texto de un Convenio Colectivo (artículo 82,3 ET), dada su naturaleza normativa, y por lo tanto, normas jurídicas comprendidas entre las fuentes de la relación laboral (artículo 3,1,b) ET), que los Tribunales deben de conocer o investigar de oficio (STS de 29-9-06); ni tampoco a la demanda, que a estos efectos, solamente sirve para la finalidad de poder acreditar su existencia, su contenido y la fecha de su presentación.

5) Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto de la Apelación (STC 18-10-93), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte del órgano judicial que lo tiene que resolver, esta Sala en el caso, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el artículo 97,2 LRJS vigente; ni por tanto, tampoco cabe que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del artículo 24,1 del texto constitucional (STS de 3-9-93).



6) Nos dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de febrero de 2003 , y viene manteniendo con reiteración esta Sala de Extremadura que: "no se puede descartar un motivo de revisión fáctica por el mero hecho de que resulte intrascendente para el órgano jurisdiccional de suplicación, ya que tal juicio de intrascendencia podría no ser compartido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la hora de resolver en unificación de doctrina", y en concordancia con lo anterior nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2012 , , "cuando un motivo por error de hecho que haya quedado patentizado con prueba idónea se rechaza en suplicación únicamente porque la Sala considera la revisión intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que esa revisión fáctica, cuyo contenido resulta incuestionable, se tenga en cuenta por esta Sala cuando considere que tiene la trascendencia que en suplicación se le había negado".(STS 28-6-2006 –rec. 428/05).

7) No cabe pretender que se introduzca, en el relato de hechos probados de una Sentencia, aspectos que son propiamente conclusiones jurídicas y no auténticas cuestiones de hecho, o bien que predeterminen el tenor del fallo a emitir posteriormente en la parte dispositiva de la Sentencia .

8) Tampoco cabe pretender una modificación fáctica, con base por tanto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con el simple argumento de señalar que, en la opinión del recurrente, no existe un soporte probatorio en las actuaciones que sea adecuado o suficiente para haber podido alcanzar la convicción judicial plasmada en los hechos que han sido declarados como probados en la Sentencia recurrida , pues eso no es propio de este motivo; ni tampoco alegando la existencia de incongruencia interna, o de contradicción interna de la Sentencia. Pues ello, en su caso, son cuestiones que podrían plantearse, bajo otro cobijo procesal distinto, como comisión de una presunta infracción de carácter procesal causante de indefensión (artículo 193, a) LRJS), con la consecuencia entonces anudada de la anulación de la Sentencia recurrida, para el caso de estimarse la comisión de dicha infracción procesal, pero nunca pretendiendo con base en ello alcanzar una modificación de los hechos que hayan sido declarados como probados.

9) Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de una manera que sea contundente e ineluctable, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción que se pretende revisar.

10) Finalmente, es de resaltar que no se puede pretender modificar la concreta redacción literal de un Fundamento Jurídico de la Sentencia, acogiéndose para ello al apartado b) del artículo 193 LRJS , en cuanto que los razonamientos jurídicos se combaten, en su caso, acogiéndose a una denuncia de infracción normativa, basada en el apartado c) del citado precepto procesal, pero no estando permitida la mera modificación de la redacción del mismo.

Por último, si lo que se intenta es discutir el derecho aplicado al fondo de la contienda, debe indicarse de modo preciso y claro el precepto o preceptos de la norma que se considera infringido, sea por inaplicación, por aplicación indebida, o por inadecuada interpretación del mismo, razonando adecuadamente sobre tal alegación (artículo 94,2 LRJS de 7-4-95 y los artículos 193,b) y 196,3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10-11, aplicable al caso, y de la que viene siendo la interpretación jurisprudencial pacífica de su precedente normativo (artículos 191,b) y 194,3 LPL de 7-4-95).

CUARTO: Para juzgar adecuadamente el caso que nos ocupa hemos de tener presente que la adición del hecho probado segundo viene a ser reconocido en los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada, más en concreto, en el fundamento de derecho tercero, párrafo tercero, donde se señala que se procedió al despido de otro compañero de trabajo en las mismas condiciones, que es lo que solicita que se adicione en el hecho probado segundo el suplicante, de tal manera que como viene estableciendo la jurisprudencia, tal alegación fáctica en los fundamentos de derecho puede considerarse un hecho probado más, razón por la que no es preciso acceder a tal modificación fáctica, que realmente por tal hecho probado se puede tener por efectuada.

La cuestión que nos ocupa es de carácter eminentemente jurídica y viene resuelta en parte por lo dispuesto en el convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, que establece la obligación que tiene la empresa entrante en una contrata en subrogar a los trabajadores adscritos a dicha contrata, entre los cuales se encuentra el actor. Ha lo que ha de añadirse que es una cuestión muy debatida en la jurisprudencia desde lo resuelto por la sentencia de 21 de octubre de 2010 .

Las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 4ª de 17 de abril de 2013 , de 22 de abril de 2013 y de 10 de febrero de 2014 , entre las más recientes que recogen la obligación ineludible de la empresa entrante, aunque no sea centro especial de empleo, de subrogarse en los trabajadores discapacitados de la saliente que sí lo era, en contrata de servicios de limpieza de edificios y locales.



Dice la STS de 10 de febrero de 2014, rec. 93/2013 , ponente Sr. Salinas que en cuanto al fondo, procede la subrogación de los trabajadores conforme al convenio colectivo del sector de aparcamientos, como ha venido reconociendo la Sala para supuestos análogos respecto al convenio colectivo del sector de limpieza. Señala en el F. Jdco.SEXTO que:1. - En cuanto al fondo del asunto, la sentencia de instancia recurrida debe ser confirmada pues efectúa una interpretación del convenio colectivo aplicable, en especial del art. 38 del " V Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, años 2009-2012 " (BOE 31-08-2009) relativo a la subrogación del personal, – que es la norma directamente aplicable y no en este caso el art. 44 ET –, que se ajusta a la doctrina general de esta Sala de casación relativa a supuestos, contemplados en convenios colectivos de otros sectores en los que se contiene análoga regulación sobre subrogación empresarial, en los que, aunque la empresa saliente era un centro especial de empleo y la entrante no, se ha aplicado la cláusula de subrogación prevista en el Convenio Colectivo del sector de la limpieza y se ha obligado a la nueva adjudicataria de una contrata de limpieza a subrogarse en el personal de la empresa saliente, aunque esta estuviese catalogada como centro especial de empleo.

2.- Esta doctrina se contiene, entre otras, en las SSTS/IV 9-octubre-2012 (rcud 3667/2011 , voto particular), 10-octubre-2012 (rcud 3803/2011 , voto particular), 10-octubre-2012 (rcud 3471/2011 , voto particular), 10-octubre-2012 (rcud 4016/2011 , voto particular), 12-diciembre-2012 (rcud 750/2012 , voto particular), 18-diciembre-2012 (rcud 414/2012), 17-abril-2013 (rcud 710/2012) y 22-abril-2013 (rcud 748/2012). En las citadas sentencias se razona, en esencia, que:

a) " *en tales supuestos rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, actividad que realizan los trabajadores, en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa fuera un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean éstos o no personas con discapacidad, sin que todo ello entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas "*;

b) " *aunque ciertamente ... la situación contemplada hasta ahora por la mencionada jurisprudencia era inversa a la que se da en el caso de autos porque ... a diferencia de lo que aquí sucede, la nueva adjudicataria (la empresa entrante) siempre era un centro especial de empleo -al menos formalmente- y los trabajadores venían prestando servicios para empresas que no tenían -siquiera formalmente- dicha condición y habían perdido la contrata, nos parece claro que esa diferencia, que no es más que el haz y el envés de una misma realidad, en nada afecta a la consecuente subrogación, no sólo porque ... la misma viene determinada por razones de índole funcional y, por tanto, es precisamente la actividad de limpieza de edificios la que conduce a aplicar la disposición convencional de dicha actividad, sino también porque, al haberse descartado por nuestra doctrina (y desde luego por nuestro ordenamiento: arts. 14 CEy37 Ley 13/1982, según Ley 66/2003) que la discapacidad pueda acarrear cualquier elemento de discriminación a los trabajadores afectados, esa cualidad personal deja de tener incidencia alguna en la consecuencia subrogatoria porque lo contrario también entrañaría la vulneración del principio de estabilidad en el empleo que persigue la disposición convencional y supondría, precisamente por ello, un trato discriminatorio, por desigual, en perjuicio de los trabajadores discapacitados, máxime si, tratándose de la limpieza de los mismos locales ... , parece indudable la eficiencia y capacidad de quien, como la actora, ha venido desempeñando en idénticos lugares esa misma actividad con anterioridad, aunque lo hiciera al amparo formal del RD 1368/1985 para un centro de empleo de discapacitados, pero no en ese centro sino fuera del mismo y en labores externas de limpieza en las dependencias de las instituciones descritas en los hechos probados "*.

c) Concluyendo que " *En este mismo sentido, no está de más recordar, como se hacía en el preámbulo del RD 1451/1983 que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los entonces denominados trabajadores minusválidos, en coherencia con el espíritu que inspira la Ley 13/1982, que su integración laboral debe realizarse fundamentalmente a través del sistema ordinario de trabajo, y esa misma finalidad integradora en el sistema ordinario de trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, se contempla en el art. 37 de la propia Ley 13/1982, en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Tampoco resulta ocioso destacar que la relación laboral especial I que regula el RD 1368/1985 lo es para quienes trabajen en los centros especiales de empleo (esto es, parece determinante el elemento locativo: en los centros especiales...) y, por lo que se deduce de las circunstancias fácticas descritas en los hechos probados, no es éste el caso de la demandante, al menos en lo que respecta a la parte de la jornada afectada por el presente litigio, puesto que, como vimos, la limpieza se desarrollaba (y va a seguir haciéndose) en las dependencias de un tercero, es decir, en un centro común u ordinario de trabajo, diferente al teórico centro especial de empleo, y para seguir efectuando esa misma actividad y en idénticas condiciones, pues esa es, precisamente, una de las características del fenómeno subrogatorio convencional en el sector en cuestión. Según el art. 42 de la Ley 13/1982, en la redacción dada por la Ley 66/1997, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado,*



y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sea un medio de integración del mayor número de Minusválidos al régimen de trabajo normal ".

Lo que viene a poner de manifiesto la citada sentencia es que aun siendo determinante el aspecto funcional de convenio colectivo también lo son por razones de índole personal en atención a las características personales de los subrogados y de la empresa cedente, que no es nada más que el haz y el envés de una misma situación o circunstancia, y disponiendo el artículo 27.1 de la Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad la subrogación empresarial y cesión de trabajadores y trabajadoras que al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo. La citada subrogación se producirá en la totalidad de derechos y obligaciones de los trabajadores, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía. La subrogación se producirá respecto del siguiente personal: a) Trabajadores/as en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los tres últimos meses, sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral y la modalidad contractual. b) Trabajadores/as que en el momento de cambio de titularidad de la contrata, servicio o actividad se encuentren en estado de incapacidad temporal, enfermos, accidentados o en situación de excedencia, si hubieran estado adscritos a la misma al menos tres meses. c) Trabajadores/as que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior, motivo por el que, haz y envés, como señala la sentencia citada, que tratándose de empresas que son centros especiales de empleo sobre la base de la estabilidad laboral de estas personas discapacitadas y la identidad de las funciones que deben desempeñar, en el ámbito de una legislación protectora de los mismos, tal y como se señala especialmente en los apartados b) y c) de los razonamientos citados de la STS mencionada.

Lo expuesto determina que debamos de ratificar el fallo de la sentencia de instancia merced a lo expuesto en el convenio colectivo, y en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en atención a la naturaleza de centro especial de empleo de la empresa prestadora de servicios que cesa en los mismos, y en los que se subroga una empresa que aunque no es un centro especial de empleo sí que se encuentra con tal obligación legal en atención a la naturaleza de la prestación y de las circunstancias, lo que matiza el contenido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO: Lo expuesto determina que debamos de abordar la cuestión relativa al sueldo y antigüedad del trabajador en cuyo despido improcedente señalan solicitarle al suplicante que se señale que la antigüedad es de 1 de junio de 2009 y la retribución ordinaria, sin pagas extraordinarias de 29, 26 ?.

Frente a tal petición de modificación de la fecha de antigüedad manifiesta el impugnante que no se ha producido un cambio de petitum en la demanda ni en los argumentos sustanciales del pleito, ya que no se dan los supuestos jurisprudenciales para que se pueda estimar tal aseveración, que no ha generado ningún tipo de indefensión a la parte recurrente y de la documental aportada en el acto de vista, ni nada en contrario, en concreto del informe de la vida laboral y los contratos, en que claramente se aprecia que lo son desde el 1 de agosto de 2007, se han concatenado varios contratos temporales hasta la conversión como indefinido, por tanto, debe ser la fecha del primer contrato a la que debe tomarse efectos de antigüedad, como recoge la sentencia no impugnada.

Precisamente el suplicante solicita que la modificación que se pretende llevar a cabo lo ha de ser sobre la base del informe de la vida laboral que obra unido al ramo de prueba de la parte actora, ya que de su simple examen se puede apreciar que si bien tiene un contrato inicial de fecha 1 de agosto de 2007, es más cierto que tiene una duración de sólo un mes, hasta el 31 de agosto de 2007, siendo el siguiente contrato con la misma empresa el 1 de marzo de 2008, es decir, seis meses después de la finalización del primero, lapsus temporal que imposibilita entender que la relación laboral se ha mantenido sin solución de continuidad desde el primer contrato de fecha 1 de agosto de 2007, con los demás contratos existentes hasta el 1 de junio de 2009 ocurre lo mismo, intervalos temporales que rompen la consolidación y una antigüedad anterior.

A juicio de la Sala, la posible indefensión o los defectos en el juicio o en la sentencia que señala el recurrente, con relación a la petición en el acto del juicio con una variación de la demanda debería haberse hecho valer



al amparo del apartado A del citado artículo 193, sin que pueda accederse a la adición del hecho probado que se pretende con relación a la antigüedad, ya que no se cumplen los requisitos que jurisprudencial y normativamente vienen establecidos, dado que este documento que señala el recurrente ya ha sido valorado por el Juez de instancia junto con el resto de pruebas practicadas y no se deduce la existencia de un error sustancial que pueda determinarse sin ningún tipo de elucubraciones, lo que determina que lleva a desestimarse el recurso de suplicación.

De lo hasta ahora expuesto debe concluirse que no es factible acceder al recurso de suplicación instado, toda vez que no se articula formalmente el recurso con los requisitos normativa y jurisprudencialmente establecidos, ya que el error que se denuncia no queda de manifiesto de manera clara, evidente y directa sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones, más o menos lógicas, toda vez que lo que se propone es la modificación de un hecho probado sobre la base un documento que no pone de relieve de manera directa la equivocación o el error manifiesto, no tratándose como se exige de documentos eficaces, suficientes e idóneos para tal modificación fáctica, de acuerdo con lo que se establece en las STS de 19-11-1987 y 18-1-1988, debiendo tratarse de documentos que deben tener una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos deducciones o elucubraciones, como se recogen las sentencias del Tribunal Supremo de 19-7-1985 y 14-7-1995, sin que tampoco se pueda pretender introducir a través en el relato de hechos probados, aspectos que son propiamente conclusiones jurídicas, como se pretende en el caso que nos ocupa.

Todo lo expuesto nos conduce a desestimar el recurso de suplicación instado toda vez que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores debe interpretarse atendiendo a la naturaleza de centro especial de empleo que era la empresa cedente y también merced a lo dispuesto en el propio convenio colectivo.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación a que se refiere el fundamento jurídico primero de esta sentencia, y en su virtud debemos de confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito y la consignación constituidos por la mercantil para recurrir a los que, una vez firme la presente Resolución y por el Juzgado de procedencia, se les dará el destino legal.

Se imponen las costas causadas en el recurso interpuesto por la citada empleadora a dicha recurrente, en las que se incluirán los honorarios de los letrados de las impugnaciones en cuantía de 200 ? para cada uno.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 033917 debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social- Casación". La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.



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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ