



Roj: **STSJ AS 336/2015 - ECLI:ES:TSJAS:2015:336**

Id Cendoj: **33044340012015100219**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2015**

Nº de Recurso: **64/2015**

Nº de Resolución: **279/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00279/2015

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax : 985 20 06 59

NIG : 33044 34 4 2015 0103869

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO DE SUPPLICACION 64/2015

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 604/2014 JDO DE LO SOCIAL 1 DE GIJON

Recurrente: CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

Abogado: MANUEL A. NAVARRO MALDONADO

Recurrido/s: PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S.L., Fidel

Abogados: FRANCISCO JAVIER LLORIAN ALONSO, MIGUEL RON RIBERA

Sentencia nº 279/2015

En OVIEDO, a trece de Febrero de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS, formada por los Iltmos Sres. D^a. MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ, Presidenta, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0000064/2015, formalizado por el GRADUADO SOCIAL MANUEL ANTONIO NAVARRO MALDONADO, en nombre y representación de CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., contra la sentencia número 373/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el



procedimiento DEMANDA 0000604/2014, seguidos a instancia de Fidel frente a CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. y PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S.L., siendo Magistrado-Ponente la **Ilma Sra D^a MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Fidel presentó demanda contra CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. y PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 373/2014, de fecha quince de Septiembre de dos mil catorce .

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

Primero.- El demandante, D. Fidel , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , venía prestando servicios como oficial de primera en los edificios dependientes de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias, desde el 13 de enero de 2003, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, por cuenta y orden de la empleadora PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. que había logrado la adjudicación del mantenimiento de dichas instalaciones (dependientes entonces de la Consejería de Servicios Sociales) por resolución de 22 de enero de 1999.

Segundo.- El salario diario del actor a efectos de indemnización asciende a 58,65 euros diarios, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Tercero.- El actor no ha desempeñado en el último año cargo alguno de representación sindical o de los trabajadores.

Cuarto.- Disciplinaba la relación el Convenio Colectivo del Sector del Metal del Principado de Asturias, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 23 de diciembre de 2013.

Quinto.- La Disposición Transitoria Segunda del convenio colectivo establece:

Solamente para labores de mantenimiento de instalaciones, y en administraciones y empresas públicas que saquen a concurso público las aludidas labores, la empresa entrante se subrogará en el contrato de trabajo de los trabajadores de la empresa saliente vinculados a las aludidas labores de mantenimiento. La empresa saliente notificará, a la entrante, por telegrama, o cualquier otro medio fehaciente de comunicación la situación de la plantilla, número de trabajadores, clase de contratos, y antigüedad, salarios y categoría de los trabajadores afectados.

Sexto.- Por resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de 29 de octubre de 2013 se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento integral de los edificios y bienes de centros dependientes de aquélla.

Séptimo.- El 2 de diciembre de 2013 PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. comunica por escrito a la administración que en el pliego de prescripciones técnicas del concurso no se hace mención alguna a la subrogación de trabajadores a la que alude el convenio en su Disposición Transitoria Segunda.

Octavo.- El 2 de enero de 2014 PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. entrega al actor escrito fechado el 30 de diciembre de 2013 en el que se le pone de manifiesto que, como quiera que dejará de asumir el mantenimiento de los edificios dependientes de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y la subrogación de trabajadores está prevista en el convenio colectivo, dejará de prestar servicios para la empresa, que se comprometía a poner en su conocimiento la fecha efectiva de la subrogación y la empresa adjudicataria. La misma comunicación se hizo a otros dos trabajadores con idéntica categoría que el actor.

Noveno.- La mesa de contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias se reunió el 28 de febrero de 2014 y acordó por unanimidad proponer la adjudicación del contrato de mantenimiento a la empresa CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A. El 31 de marzo de 2014 se firmó el contrato entre la administración y la adjudicataria, expresándose en el mismo que la ejecución del mismo comenzaría el 1 de abril de 2014. El 6 de mayo de 2014 se publica en el Boletín Oficial del Principado de Asturias la formalización del contrato.

Décimo.- PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. comunicó mediante buro fax a CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S. A. el 11 febrero de 2014 los datos del actor y de otros dos trabajadores con la categoría de oficial de primera de mantenimiento, así como la de un trabajador con la categoría de ingeniero técnico industrial, a los efectos de la subrogación prevista en la Disposición Transitoria Segunda del convenio.



Undécimo.- El 17 de febrero de 2013 se notificó al actor y a los otros dos oficiales comunicación de PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. fechada el 13 del mismo mes, relativa al cese en la empresa en la fecha en la que se hiciera efectiva la subrogación, con indicación de la identidad de la nueva adjudicataria.

Duodécimo.- Un responsable de PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. remitió dos correos electrónicos a CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S. A. alusivos a la subrogación, el 5 y el 17 de marzo de 2014, respectivamente. El 19 de marzo de 2014 la Directora de Recursos Humanos de CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S. A. solicita a PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. que, conforme a una conversación telefónica anterior, le remita los currículos de los oficiales, así como la renuncia a la subrogación ya anunciada por uno de ellos. Dicha documentación se remite por la misma vía el 21 de marzo.

Decimotercero.- El 1 de abril de 2014 la Directora de Recursos Humanos de CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S. A. contesta por correo electrónico a PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. que no van a proceder a la subrogación de los trabajadores con la categoría de oficiales, por entender que carecen de la condición de subrogables.

Decimocuarto.- El 7 de abril de 2014 el actor recibió comunicación del tenor literal siguiente:

PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L.

C/ Max Planck nº 489

Polígono Industrial de Roces, 5.

33211 - Gijón.

CIF B-33801739

En Gijón, a 7 de Abril de 2014.

Sr. D. Fidel

Muy Sr. nuestro:

Como Ud ya sabe por comunicaciones anteriores de esta empresa, hemos perdido el servicio de mantenimiento integral de los edificios y bienes de centros dependientes de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, ya que la contrata fue asignada a otra empresa. Aunque ya conocíamos la pérdida del cliente desde principios de año, la pérdida no se materializó hasta ahora, pues el proceso de adjudicación se demoró más de lo normal. Lo cierto es que es ahora cuando la nueva empresa adjudicataria (CONCENTRA) se hace cargo del servicio.

En su día se le indicó que de acuerdo con el convenio colectivo de aplicación, el del Metal del Principado de Asturias, la empresa entrante debería subrogarle (Disposición Transitoria Segunda del convenio). A estos efectos, esta empresa realizó todas las gestiones necesarias con la nueva adjudicataria, tendentes a su subrogación , informándola de su existencia, condiciones laborales, e incluso de su currículum. Aunque en principio verbalmente nos manifestaron que no tenían inconveniente alguno en subrogarle a Ud y sus compañeros, lo cierto es que el pasado día 1-4-14, recibimos un correo electrónico por el que la empresa entrante nos informa que no procederá a la subrogación de ningún trabajador de esta empresa, alegando que "...entendemos que no tienen la condición de subrogables". Tras la recepción de la citada comunicación, esta empresa intentó nuevamente conseguir la subrogación de su personal, obviamente sin éxito.

Ante esta situación, esta empresa se ve obligada a rescindir su contrato de trabajo, al haber perdido la obra para la que Ud prestaba servicios en exclusiva. La pérdida de la Consejería de Bienestar Social como cliente implica un gran descenso en el volumen de ventas, del orden de un 30% aproximadamente, lo que ocasionaría graves pérdidas a la empresa si, pese a la disminución de trabajo, mantiene su volumen de ocupación. Se produce pues, una clara causa económica del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , causa que además de económica es también productiva, al haber disminuido drásticamente la demanda de nuestros servicios.

En consecuencia, nos vemos obligados a proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores , extinción que tendrá lugar el próximo día 22 de Abril de los corrientes, otorgándole así el plazo de preaviso que establece el artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores . Durante dicho periodo de preaviso dispondrá Ud de una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , le corresponde percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, indemnización que en su caso, y salvo error u omisión, asciende a la cantidad de 13.196,25 €, importe que se le entrega en este acto mediante cheque nominativo a su favor, que se le entrega junto con la presente comunicación.



Contra esta decisión podrá interponer recurso para ante el Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles.

Sírvase firmar el duplicado de la presente a los efectos de acreditar su recepción.

Sin otro particular, atentamente.

Decimoquinto.- Idéntica comunicación fue entregada a los otros dos oficiales.

Decimotercero.- El porcentaje sobre la facturación total de PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. de lo facturado a la administración por el mantenimiento de las dependencias de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias fue el que se detalla en los ejercicios siguientes:

2010 34,78%

2011 37,48%

2012 34,56%

2013 25,58%

Decimocuarto.- El 5 de mayo de 2014 tuvo lugar ante la UMAC de Gijón acto de conciliación, que concluyó "sin avenencia" respecto a la papeleta presentada el 23 de abril de 2014.

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

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Fidel , contra PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. y contra CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., declarando la improcedencia del despido llevado a cabo con efectos al 1 de abril de 2014 y condenando a la empresa CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A. a que opte por readmitir al trabajador, con abono en tal caso de los salarios dejados de percibir desde el 1 de abril hasta la de notificación de la presente resolución, a razón de 58,65 euros diarios o le indemnice en la cantidad de **28.166,66 euros**.

Absolver a PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S. L. de las pretensiones impetradas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 16 de enero de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 29 de enero 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 empresa Concentra Servicios y Mantenimiento, S.A. recurre en suplicación la sentencia de instancia que, estimando parcialmente la demanda formulada por el accionante contra aquella mercantil y contra PRIAS Proyectos Industriales, S.L., declara la improcedencia de la extinción del contrato del trabajador y condena a la recurrente a asumir las consecuencias derivadas de esa declaración en los términos detallados en el fallo.

El recurso -que es impugnado por el demandante y la mercantil codemandada defendiendo la plena corrección de lo resuelto en la sentencia de instancia- se interpone con el correcto amparo procesal de lo dispuesto en los tres apartados del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO.- Mediante el motivo que se funda en el apartado a) del antedicho precepto legal, solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento anterior a dictar sentencia al haberse infringido normas o garantías del procedimiento que le han producido indefensión denunciando , concretamente, que la sentencia incurre en incongruencia "extra petita" vulnerando lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , 209.4 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 5 , 238.3 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y todos ellos, con el artículo 24 de la Constitución Española .

Acusa al Juzgador de instancia de alterar los términos del debate judicial pronunciándose sobre una cuestión no alegada ni discutida, aduciendo que la acción ejercitada en la demanda se refería solamente al despido producido el 22 de abril de 2014, como se deduce de los propios actos procesales del accionante (conciliación, demanda, plazos de caducidad). Añade que así resulta claramente recogido en el fundamento primero de la



sentencia así que, al examinar y resolver el despido tácito supuestamente acaecido el día 1 de abril que no había sido impugnado por el trabajador, el Magistrado "a quo" modifica o altera gravemente los términos de la controversia menoscabando el principio de contradicción y el derecho de defensa de la empresa condenada a la que ocasiona verdadera indefensión. Para avalar la petición de nulidad, el escrito de formalización contiene cita y parcial transcripción de sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y diversos Tribunales Superiores de Justicia.

TERCERO.- Por incongruencia se entiende en doctrina constitucional el desajuste entre el fallo de la sentencia y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, contrariando así el art. 24 Constitución Española, en la medida en que significa una vulneración del principio dispositivo y constituye una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, siempre que la desviación sea de tal naturaleza que suponga una modificación sustancial del objeto -válido- del proceso, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, porque la incongruencia supone precisamente -al alterar los términos del debate procesal- defraudar el principio de contradicción (SSTC 167/1987 (RTC 1987, 167); 144/1991 [RTC 1991\144]; 183/1991 [RTC 1991\183]; 59/1992 [RTC 1992\59]; 88/1992 [RTC 1992\88]; 44/1993 (RTC 1993, 44); 369/1993 [RTC 1993\369]; 172/1994, de 7 junio [RTC 1994\172]; 60/1996, de 15 abril [RTC 1996\60]; y 98/1996, de 10 junio [RTC 1996\98]).

Más exactamente, ha precisado el intérprete máximo de la Constitución que -en concreto- la llamada incongruencia «extra petita» adquiere incluso relevancia constitucional cuando el desajuste entre lo resuelto y el objeto del debate «sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, por lo cual requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre una cuestión no incluida en las pretensiones procesales, impidiendo así a las partes efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido» (SSTC 20/1982 (RTC 1982, 20); 14/1984 [RTC 1984\14]; 109/1985, de 8 octubre [RTC 1985\109]; 1/1987, de 14 enero [RTC 1987\1]; 168/1987, de 29 octubre [RTC 1987\168]; 156/1988 (RTC 1988, 156); 228/1988 [RTC 1988\228]; 8/1989 [RTC 1988\8]; 58/1989 [RTC 1989\58]; 125/1989 [RTC 1989\125]; 211/1989 [RTC 1989\211]; 95/1990 [RTC 1990\95]; 34/1991 (RTC 1991, 34); 144/1991, de 1 julio [RTC 1991\144]; 88/1992 [RTC 1992\88]; 44/1993 [RTC 1993\44]; 125/1993 [RTC 1993\125]; 369/1993 [RTC 1993\369]; 172/1994 (RTC 1994, 172); 222/1994 [RTC 1994\222]; 311/1994 [RTC 1994\311]; 91/1995 [RTC 1995\91]; 189/1995, de 18 diciembre [RTC 1995\189]; 191/1995, de 18 diciembre [RTC 1995\191]; 13/1996, de 29 enero [RTC 1996\13]; 60/1996, de 15 abril [RTC 1996\60]; y 98/1996, de 10 junio [RTC 1996\98]).

La Jurisprudencia ordinaria parte de la misma base de que la congruencia tiene su fundamento en los principios dispositivo o de aportación de parte y de contradicción, y que también tiene raíz en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión constitucionalmente consagrados (STS 16 febrero 1993 (RJ 1993, 1175)); y conforme a su doctrina, el Art. 218 Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."

De forma que tal exigencia no se cumple «cuando el fallo concede más de lo pedido, menos de lo aceptado por la parte demandada, cosa distinta de lo solicitado» o cuando «manifieste desviación de la cuestión litigiosa por alterar de oficio los fundamentos de la pretensión» (SSTS 15 diciembre 1994 (RJ 1994, 10097) y 12 julio 1993 [RJ 1993\5670]); en palabras de las SSTS 14 enero 1997 (RJ 1997, 25) y 2 junio 1997 (RJ 1997\4617), para apreciar incongruencia es necesario confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y «petitum», si bien tal confrontación no significa una conformidad rígida y literal con los pedimentos de los súplicos de los escritos (STS 4 marzo 1996 (RJ 1996, 1965)), bastando que el fallo se adecue sustancialmente a lo solicitado, dado que en el proceso laboral el principio dispositivo tiene menos rigor que en el civil, por lo que no es incongruente que el Juez Social aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas por normas de derecho necesario o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (STS 16 febrero 1993 (RJ 1993, 1175)); pero sí que existe incongruencia si se alteran «de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda, substrayendo, a las partes, el verdadero debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa, y ocasionando un fallo no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes» (STS 1 febrero 1993 [RJ 1993\1151]).



En todo caso, para que prospere este motivo de recurso es preciso que se haya infringido una norma procesal concreta y esencial que haya generado real indefensión a la parte y la admisión de este motivo ha de tener carácter excepcional al ser también excepcional la medida que resulta del mismo.

CUARTO. - En el concreto supuesto aquí examinado denuncia la mercantil recurrente que la sentencia incurre en incongruencia "extra petita" porque se pronuncia sobre un despido tácito supuestamente acaecido el 1 de abril de 2014, pese a que las pretensiones ejercitadas en la demanda se limitaban a impugnar el que se produjo el día de 22 de abril.

Pues bien, la confrontación entre lo solicitado en la demanda rectora del procedimiento y lo resuelto en la resolución impugnada, lleva a esta Sala a considerar que no concurre la infracción procesal denunciada generadora de la indefensión que se plantea.

En primer lugar, y a tenor de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, existe plena correlación entre la pretensión deducida por el actor en el suplico de la demanda (declaración de improcedencia del despido y condena de las dos empresas demandadas a responder de las consecuencias derivadas de tal declaración) y el fallo parcialmente estimatorio de la misma así que el Juez de instancia no concedió más, menos o distinto, sino exclusivamente lo pedido, y ello utilizando los medios probatorios contenidos en autos.

Por otra parte, la papeleta de conciliación y la demanda se dirigieron contra las dos empresas que el trabajador consideraba responsables del despido, del que no precisa fecha, solicitando la condena de las mismas. Y difícilmente puede mantenerse la incongruencia "extra petita" generadora de indefensión, cuando el párrafo tercero del hecho tercero de la demanda señala expresamente: "El actor considera improcedente la extinción acordada por la empresa ya que por imperativo legal procede la subrogación del trabajador demandante por parte de la empresa entrante, esto es, la nueva adjudicataria del servicio, Concentra Servicios y Mantenimientos, S.A." y el contenido de los ordinales décimo, undécimo, duodécimo y decimotercero, evidencia que la empresa conocía sobradamente, bastante antes de la presentación de papeleta de conciliación y demanda, la existencia de trabajadores vinculados a la contrata de mantenimiento de la que resultó adjudicataria, susceptibles de subrogación.

QUINTO.- El siguiente motivo se ampara en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y se dirige a obtener la revisión de los hechos declarados probados.

Intenta, concretamente, modificar el ordinal primero del relato fáctico para el que, con apoyo en los documentos obrantes a los folios 125, 285, 287 y 345 de los autos, propone la siguiente redacción alternativa:

" El demandante D. Fidel, mayor de edad, con DNI nº NUM000, venía prestando servicios como oficial primera desde el 13 de enero de 2003, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, por cuenta y orden de la empleadora PRIAS Proyectos Industriales SL."

Para abordar el intento revisor hemos de partir de la base de que es el Juzgador "a quo" quien tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él en el proceso. El recurso de suplicación no es un instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los medios aportados para traer al proceso los datos fácticos, por el contrario, su naturaleza extraordinaria excluye ese objeto, que queda reservado al juicio de instancia, y únicamente permite corregir los errores del Juzgador, cuando con documentos idóneos o con pericias practicadas se pone de manifiesto el desacierto de la convicción judicial (artículo 191 b) de la Ley de la Jurisdicción Social).

El éxito del recurso destinado a la modificación de las premisas fácticas de la sentencia de instancia está supeditado a la cita y concurrencia de documentos de concluyente poder de convicción o pruebas periciales de incuestionable valor científico o técnico, no desautorizados por otros medios probatorios de igual eficacia y que de forma directa, diáfana e indudable, pongan de manifiesto el error de la sentencia de instancia con trascendencia suficiente para variar el signo de la resolución.

Estos requisitos -señalados reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales de suplicación en la aplicación de los arts.193 b) y 196.2 y 3 LJS o de sus antecedentes normativos- no concurren en el supuesto examinado.

La formulación del motivo adolece de corrección formal y mezcla cuestiones de hecho y de derecho para construir una versión de lo sucedido que resulte favorable a sus intereses, e incumple la obligación de señalar -sentencia del TS de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5196)- el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error alegado, razonando así su pertinencia mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación propuesta.



En cualquier caso, los documentos en que la parte apoya el intento revisor no demuestran error evidente y relevante para variar el signo del fallo y han sido examinados por el Juzgador en relación con el resto de la prueba obteniendo una conclusión objetiva e imparcial que ha de prevalecer sobre la interesada del recurrente.

En consecuencia, procede mantener sin variación el relato fáctico impugnado.

SEXTO.- El tercer motivo del recurso se ampara en el apartado c) del artículo 193 de la Ley de Jurisdicción Social, que permite denunciar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

Acusa a la sentencia de vulnerar:

- El artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , 209.4 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 5 , 238.3 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y todos ellos, con el artículo 24 de la Constitución Española , por incongruencia " extra petita".

- El artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores , 43.4 1 y 103.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2012 .

- El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Convenio Colectivo del Sector del Metal del Principado de Asturias, disposición transitoria segunda .

Abordada y resuelta en los fundamentos precedentes la denuncia formulada en relación con la incongruencia "extra petita", nos remitimos a su contenido, que damos por reproducido en su integridad, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

SEPTIMO.- Denuncia a continuación quien recurre que la acción de despido está caducada porque desde la fecha de la supuesta extinción tácita -1 de abril de 2014- hasta la de interposición de la demanda -27 de mayo- excluida la interrupción de los plazos por la conciliación administrativa- transcurrieron treinta y dos días hábiles, así que se ha superado con creces el plazo de caducidad de 20 días previsto y regulado en el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores . Aduce que la excepción debería haber sido examinada y apreciada de oficio por el Juzgador, sin necesidad de alegación previa por ninguna de las partes, al no estar sometida al principio de justicia rogada y, en apoyo de la posibilidad de alegación y estimación de la caducidad en fase de recurso, cita la sentencia del Tribunal Supremo de de 23 de noviembre de 2012 .

Para analizar la cuestión planteada ha de señalarse que se ha producido una evolución en la doctrina jurisprudencial. Inicialmente se había establecido que si la caducidad de la acción no fue alegada en instancia ni se examinó de oficio en aquélla, su planteamiento en recurso suponía una cuestión nueva, que no era admisible, en un recurso extraordinario, dada su naturaleza y lo dispuesto en el art. 24 CE ya que en el marco de un recurso que excluye el planteamiento y debate de una cuestión nueva, de aceptarse su examen se vulneraría el derecho de defensa de la otra parte, que se vería privada de los medios normales de oposición frente a una alegación extemporánea; entendiéndose que la garantía de este derecho fundamental debía primar sobre la posibilidad de apreciar de oficio, la caducidad (STS de 3 de mayo de 1990 y STS de 18 de enero de 2006, rec. 22/05).

Sin embargo, una posterior STS de 4 de octubre de 2007, Recud. 5405/2005 , matiza esta doctrina en el siguiente sentido: "hay determinado tipo de materias respecto a las que no es aplicable el principio de justicia rogada, las cuales constituyen verdaderas excepciones al mismo, pues el Juez o Tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes. Obviamente se trata de materias de derecho necesario que afectan de forma especialmente relevante al orden público del proceso, lo que obliga al Juez o Tribunal a velar específicamente por la observancia y cumplimiento del mismo. La más clásica y significativa de estas materias, en las que el Tribunal ha de entrar a resolver aunque las partes no hayan formulado alegación alguna al respecto, es la relativa a la propia competencia jurisdiccional del mismo (sea por razón de la materia, sea objetiva, sea funcional). Pero también en relación con otros temas o instituciones existen excepciones al comentado principio dispositivo, debiendo los Tribunales examinarlos de oficio. Uno de estos temas es, precisamente, el instituto de la caducidad que ahora se analiza. Desde mucho tiempo atrás, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica mantienen que el instituto de la caducidad puede y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales. Ahora bien, parece lógico entender que en aquellos temas o cuestiones que pueden ser apreciados de oficio por los Tribunales, difícilmente puede ser tomada en consideración la interdicción de la alegación de cuestiones nuevas en el recurso o recursos, salvo supuestos muy determinados y específicos ajenos al caso de que se trata en esta litis. Este criterio se basa en las siguientes razones: a).-Como se ha dicho poco más arriba, el rechazo de la formulación de cuestiones nuevas en el recurso, se funda en el principio de justicia rogada que conforma el proceso judicial español. Ahora bien, si un determinado tema puede ser examinado por los Tribunales, de oficio, con respecto a él no rige este principio, pues se trata de una excepción al mismo; y si en relación con ese tema no se aplica este principio procesal, falta el fundamento esencial para poder apreciar



la existencia de cuestión nueva. b).-Si la cuestión podía ser examinada de oficio por el Juez de instancia, ello significa que el mismo debía haber procedido a su examen; con lo cual, no parece lógico sostener que la alegación de ese tema en el recuso constituya una cuestión nueva, cuando el mismo se encontraba dentro del espacio sobre el que había tenido que incidir la decisión del Juez. Pero la conclusión que se acaba de exponer no conduce necesariamente a la desestimación del recurso entablado por el Ministerio Fiscal, como ponen en evidencia las siguientes consideraciones: a).-Para que el Juez o Tribunal pueda declarar de oficio la caducidad de la acción de despido, es de todo punto obligado que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para la apreciación de dicha caducidad. Si esos hechos, datos o elementos no han quedado debidamente acreditados o es dudosa su existencia, el Juez o Tribunal no puede apreciar de oficio tal caducidad, pues no existe base para ello, y por consiguiente si lo hace se arriesga a adoptar una decisión equivocada y contraria a derecho, con manifiesta indefensión del trabajador demandante. Y este criterio es totalmente aplicable a aquellos casos en que, como aquí acontece, la empresa demandada alega la excepción de caducidad por vez primera en el recurso de suplicación; y así resulta que sólo puede formular válida y eficazmente tal alegación en el recurso, cuando en la sentencia de instancia hayan quedado plenamente acreditados los hechos sobre los que se funda dicha caducidad. Si no aparece claramente esa constancia fáctica, tal alegación carece totalmente de efectividad y el Tribunal está obligado a desestimar tal pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia".

OCTAVO.- Para aplicar esa doctrina jurisprudencial-reiterada en sentencias posteriores- resulta por tanto indispensable que consten plenamente en los autos los hechos base de la caducidad, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

Pretende la empresa recurrente que el plazo de veinte días comience a contar el día 1 de abril de 2014, fecha en que asumió el servicio de mantenimiento de los edificios de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias donde prestaba servicios el trabajador accionante como oficial de primera, pero no consta de modo fehaciente que en esa fecha el trabajador tuviera pleno y perfecto conocimiento de la decisión de la nueva concesionaria del servicio de no subrogarse en su contrato de trabajo.

Su empleadora hasta esa fecha le había adelantado en varias ocasiones desde principios de enero de 2014, que iba a dejar de ser concesionaria de esos servicios de mantenimiento como oficial de primera y que la nueva adjudicataria estaba obligada a la subrogación según lo dispuesto en la norma convencional, pero lo cierto es que los trámites administrativos se prolongaron y la adjudicación tardó en materializarse, el contrato no fue publicado en el BOPA hasta el 6 de mayo de 2014, la empresa Concentra nunca comunicó directamente al trabajador que se negaba a subrogarse en su contrato y ni siquiera compareció en el acto de conciliación a que había sido citada.

Con este panorama fáctico resulta, cuanto menos dudosa, la existencia de los hechos base de la caducidad alegada por primera vez en el recurso de suplicación así que, aunque los efectos del despido se retrotraigan al día 1 de abril de 2014, fecha en que la nueva empresa adjudicataria comenzó a prestar el servicio, el cómputo del plazo de caducidad empezó a correr el 23 de abril, día siguiente a la fecha de efectos de la única extinción de relación laboral que fue comunicada al trabajador por la empresa PRIAS.

En consecuencia, procede rechazar la pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia.

NO VENO.- La última crítica jurídica del recurso denuncia la vulneración del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Convenio Colectivo del Sector del Metal del Principado de Asturias, disposición transitoria segunda .

Argumenta que esa disposición transitoria establece la subrogación del trabajador "vinculado a las labores de mantenimiento", y que tal vinculación no ha resultado acreditada en este caso. Mas bien al contrario, la documentación obrante en las actuaciones evidencia que desde finales de 2013 la empresa PRIAS dejó de ser concesionaria del servicio de mantenimiento de los edificios del Principado de Asturias y desde ese momento hasta el 22 de abril- fecha de efectos del despido objetivo comunicado por PRIAS- el trabajador permaneció trabajando para esa empresa pero fuera del servicio de mantenimiento objeto del litigio, por lo que la vinculación había dejado de existir casi cinco meses antes del despido.

La elaborada versión de la empresa recurrente para rechazar la subrogación del trabajador no resulta avalada por prueba fehaciente que permita desvirtuar la razonada convicción del Juzgador de instancia.

La vinculación del trabajador a las labores de mantenimiento de los precitados edificios del Principado de Asturias está plenamente acreditada y viene recogida en el inmodificado ordinal primero de la sentencia de instancia.



La comunicación fechada el 30 de diciembre de 2013 que PRIAS entregó al trabajador el 2 de enero -hecho probado octavo- pone en su conocimiento que no va a seguir siendo la concesionaria del servicio y que, cuando se haga efectiva la adjudicación, será la nueva empresa la que ha de subrogarse en el contrato. Pero de ello no cabe deducir, de forma interesada, que PRIAS haya dejado de prestar las labores de mantenimiento en esa fecha. Parece absolutamente ilógico que los edificios de la Consejería permanecieran tres meses sin servicio de mantenimiento, como sostiene la empresa recurrente que, por otra parte, ninguna prueba propuso para acreditar tal circunstancia.

El lapso temporal existente entre el 1 de abril -fecha de comienzo de los servicios de la nueva adjudicataria- y el 22 - fecha de efectos del despido, incluidos los quince días de preaviso- no impide la aplicación en este caso de lo resuelto en la sentencia dictada por esta Sala el 31 de mayo de 2013 -recurso de suplicación 746/2013 - : "... Tampoco la decisión de TBS de proceder al despido objetivo de la trabajadora constituye una circunstancia que impida la aplicación del régimen convencional favorable a la subrogación. La relación entre ese despido y una interpretación equivocada de la Disposición Transitoria Segunda del Convenio Colectivo por parte de TBS es puesta de manifiesto en la sentencia del Juzgado, descartando que la causa económica alegada haya constituido un motivo real para el despido y mostrando que la decisión empresarial se explica sólo por ese entendimiento erróneo. Pero el mandato del Convenio Colectivo no puede frustrarse por tal circunstancia, cuando además la secuencia de hechos es suficientemente expresiva de la continuidad del servicio.... "

En atención a lo expuesto, y vistos los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Uno de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de Fidel , contra PRIAS PROYECTOS INDUSTRIALES, S.L. y la empresa recurrente, sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

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

Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá



incluir tras la cuenta referida, también en el campo concepto, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". 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.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Están **exentos** de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL