



Roj: **STSJ AS 1010/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:1010**

Id Cendoj: **33044340012017100728**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **214/2017**

Nº de Resolución: **616/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00616/2017

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2016 0000628

RSU RECURSO SUPLICACION 0000214 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000313/2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Gregorio

ABOGADO/A: PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: FAUSTINO JAVIER MONTES CORZO

RECURRIDO/S D/ña: EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L., FAMINAR 3564 S.L.

ABOGADO/A: CARLOS FELGUEROSO JULIANA

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 616/2017

En OVIEDO, a veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, 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 0000214/2017, formalizado por el GRADUADO SOCIAL FAUSTINO JAVIER MONTES CORZO, en nombre y representación de Gregorio , contra la sentencia número 397/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de AVILES en el procedimiento sobre DESPIDO 0000313/2016, seguido a instancia de Gregorio frente a EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L. y FAMINAR 3564 S.L., siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo Sr D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Gregorio presentó demanda contra EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L. y FAMINAR 3564 S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 397/2016, de fecha once de noviembre de dos mil dieciséis .

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

1.- El demandante, Dº Gregorio , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, vino prestando servicios por cuentas de la empresa codemandada Europea de Pinturas Especiales S.L desde el 2 de marzo de 2015, en virtud de contrato de trabajo indefinido en el que se establece que prestar servicios como con la categoría profesional de auxiliar de laboratorio, en el centro de trabajo ubicado en PG Salcedo Pravia, con jornada de trabajo a tiempo completo de cuarenta horas semanales y que resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Industrias Químicas. El salario diario, a efectos indemnizatorios , que venía percibiendo el actor es de 4347 euros.

Con anterioridad, entre el 13 de abril de 2011 y el 1 de marzo de 2015 , prestó servicios por cuenta de la empresa codemandada Faminar 3564 S.L, en virtud de contrato de trabajo indefinido bonificado , en el que se establece que prestará servicios como auxiliar de laboratorio, con centro de trabajo en CL José Cueto 20 de Aviles, que su jornada de trabajo es a tiempo completo de cuarenta horas semanales y que resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Industrias Químicas.

Con carácter previo, desde el 2 de mayo de 2010 realizó servicios para la empresa Europea de Pinturas Especiales S.L como autónomo, emitiendo la correspondiente factura por los servicios prestados que era abonada por la empresa.

2.- El actor recibió comunicación de la empresa codemandada Europea de Pinturas Especiales S.L de fecha 26 de abril de 2016, notificándole la extinción de su relación laboral con efectos al 29 de abril de 2016, del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. Nuestro:

La Dirección de esta empresa ha tenido conocimiento de las circunstancias y hechos que a continuación se detallan y considerando que los mismos son constitutivos de incumplimiento contractual grave y culpable por su parte, incurriendo con ello en falta muy grave conforme al legislación vigente (art. 61-13 de convenio colectivo general de la industria química) ha decidido imponerle como sanción el despido disciplinario que tendrá efectos el 29 de abril de 2016.

Hechos:

Desde comienzos del año 2016 se viene observando en su persona una disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de trabajo, sin que exista una causa que lo justifique. Realiza su trabajo con absoluta desidia y apatía que repercute negativamente en los objetivos de la empresa, demostrando una desconfianza a toda encomienda.

Los que traslado a Vd a los efectos oportunos, haciéndole saber que en el momento de efectividad del despido tendrá a su disposición en las dependencias de la empresa la liquidación de salarios que legalmente le corresponda.

Atentamente"

3.- La empresa codemandada Europea de Pinturas Especiales S.L tiene su domicilio social en PG Salcedo Pravia. Su actividad económica es la fabricación de pintura.

La empresa codemandada Faminar 3564 S.L tiene su domicilio social en CL José Cueto 20 de Avilés. Su actividad económica es la investigación científica y técnica.

El administrador de ambas entidades es Dº Eutimio .



4.- El actor dispone de tarjeta de visita de la empresa Europea de Pinturas Especiales SL en las que figura como comercial.

Desde el mes de abril de 2015 se emitió mensualmente por la citada empresa estadillo de comisiones del demandante, en los que figura como forma de pago de las comisiones al contado.

5.- El salario diario correspondiente a la categoría profesional de vendedor especializado es de 5897 euros conforme al Convenio Colectivo de Industrias Químicas.

6.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

7.- El demandante presentó papeleta de conciliación el día 6 de mayo de 2016 y el acto de conciliación celebrado el 20 de mayo de 2016 terminó con el resultado de intentado sin efecto.

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

Que estimando parcialmente la demanda formulada por D^o Gregorio frente a las empresas EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L y FAMINAR 3564 S.L.:

- Debo declarar y declaro despido improcedente la extinción de la relación laboral de la demandante acordada por la parte codemandada EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L con efectos al 29 de abril de 2016, condenando a dicha empresa codemandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia opten entre readmitir al trabajador o el abono de una indemnización de 2.27034 euros, y en el caso de que opte por la readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente resolución a razón de un salario diario de 5897 euros, con la advertencia que, de no optar expresamente, se entenderá que procede la readmisión.

- Debo condenar y condeno a la empresa codemandada EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L a abonar al actor la cantidad 5.67293 euros por los conceptos reclamados en la demanda.

- Debo desestimar y desestimo las pretensiones formuladas frente a la codemandada FAMINAR 3564 S.L.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Gregorio formalizándolo posteriormente. Tal recurso no 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 23 de enero de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16 de febrero de 2017 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 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés de 11 de noviembre dos mil dieciséis estimó en parte la demanda, declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L. a que, por su opción, readmitiera al trabajador o le indemnizara con la suma de 2.270,34 euros, así como al abono de la cantidad de 5.672,93 euros en concepto de salarios pendientes de pago, con absolucón del resto de las empresas codemandadas.

Frente a dicha resolución interpone recurso de Suplicación la representación técnica de la parte actora, al amparo de lo previsto en las letras b) y c) del Art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social , para solicitar, en definitiva, que se dicte una nueva que estime íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

El recurso ha sido impugnado por la representación legal de las empresas demandadas a fin de que se desestime íntegramente.

Segundo.- Interesa el Graduado Social Colegiado, en un primer motivo, la revisión de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, postulando concretamente la adición de dos nuevos párrafos al primero de los ordinales, para los que propone los siguientes textos:

.- En el caso de segundo párrafo del expresado ordinal para que se precise que fue contratado como comercial por FAMINAR 3564 y que su centro de trabajo se encontraba en Europea de Pinturas Especiales S.L.

.- En el caso de párrafo final del expresado ordinal primero pretende adicionar el siguiente párrafo "con carácter previo, desde el 2 de mayo de 2010 realizo servicios para la empresa Europea de Pinturas Especiales S.L."



Reiterada jurisprudencia [SSTS 13 julio 2010 (rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 21 de mayo de 2015 (rec.: 257/2014) y otras muchas), viene exigiendo, para que el motivo prospere:

- a) Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.
- b) Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.
- c) Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
- d) Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni interrogatorio de parte.
- e) Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
- f) Quien invoque el motivo ha de precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

También se ha de recordar que el motivo no permite la inclusión en los autos de datos que convengan a la postura procesal de la parte, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. [SSTS de 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013)].

A la luz de la doctrina expuesta y pese a su defectuoso planteamiento se ha de acoger la primera de las modificaciones propuesta pues, de una parte, la categoría del actor como comercial especializado ya aparece reconocida en la propia resolución instancia. Por otro lado, en los documentos invocados como contradictorios (una serie de correos electrónicos cruzados entre el Sr. Gregorio y diversos clientes de la mercantil Europea de Pinturas a lo largo de los años 2011 a 2015) se evidencia con total claridad que durante el periodo considerado el actor vino relacionándose con proveedores y remitiendo ofertas de pintura y gestionando la venta de las mismas en nombre de la mercantil Europea de Pinturas Especiales SL, utilizando a tal efecto el correo electrónico de eupines@eupines.com; de hecho tanto el contrato de trabajo firmado el 13 de abril de 2011 como el firmado el 2 de marzo de 2015, ambos otorgados por el Sr. Eutimio , en un caso como Administrador de Faminar 3564 y en el otro como Administrador de Europea de Pinturas Especiales S.L., llevan el sello de la mercantil Europea de Pinturas Especiales- Polígono Salcedo-Pravia.

Se ha de rechazar, por el contrario, la segunda de las modificaciones propuestas pues los documentos que invoca en apoyo de la pretensión revisora no son literosuficientes al carecer de firma, rubrica o sello que avale su contenido y, por otro lado, se acude a la prueba negativa, impropia de un recurso de naturaleza extraordinaria: "ninguna prueba se ha practicado que acredite que la relación de servicios como autónomo fuera en fraude en de ley....".

Tercero.- En el segundo motivo de suplicación denuncia el trabajador recurrente la infracción de los Arts. 1 , 15 y 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por R.D- Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Alega en sustancia que siempre vino prestando los mismos servicios y bajo la misma dirección, dándose todos los requisitos para considerar que nos encontramos ante un grupo de empresas y, en consecuencia, que la antigüedad se ha de computar desde el 2 de mayo de 2012.

Como recuerda la STS 22 de septiembre de 2014 (rcu. 314/2013) la doctrina sobre los grupos de empresas a efectos laborales, perfilando la que era tradicional de la Sala IV , viene recogida en las SSTS SG de 27/05/13 - rco 78/12 -; SG 27/05/13 -rco 78/12 -; SG 21/05/14 -rco. 182/13 - y 02/06/14 - rcu. 546/13 -], con las siguientes indicaciones o parámetros:

- a).- Que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son».



b).- Que «la enumeración -en manera alguna acumulativa, añadimos ahora- de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores».

c).- Que «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad».

d).- Que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable». Y

e).- Que en los supuestos de «prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores»; situaciones integrables en el art. 1.2. ET , que califica como empresarios a las «personas físicas y jurídicas» y también a las «comunidades de bienes» que reciban la prestación de servicios de los trabajadores.

Pues bien, a la vista de lo actuado, habrá que considerar acreditado que se da sin duda la presencia de un grupo de empresas patológico entre las dos codemandadas: Faminar 3564 y Europea de Pinturas Especiales S.L., pues no sólo que ambas tengan el mismo administrador societario, el Sr. Eutimio , sino que tanto en una como en otra empresa era el referido Administrador societario el que llevaba el control y dirección unitaria, así puede leerse en la hoja con el "detalle de los trabajos a desarrollar en la empresa Faminar," (folio 330), en la que después de establecer los cometidos asignados al actor se especifica "todo esto lo hará según se le instruyó y en caso de duda deberá llamar al Sr. Eutimio al teléfono 677.541.557", esto es, se justifica la impartición de ordenes indistintas o subordinación a la misma estructura jerárquica.

Por otro parte, tal como ha quedado acreditado tras la revisión del primero de los ordinales, no es sólo que el trabajador haya venido utilizando como correo electrónico la cuenta eupines@eupines.com en sus comunicaciones con terceros, sino que a través de la misma ha venido desarrollando de su trabajo de comercial realizando y recibiendo ofertas de clientes y proveedores de la expresada mercantil Europea de Pinturas Especiales a lo largo de los años durante los que, formalmente, se hallaba adscrito al servicio de Faminar 3564, y, por tanto, se acredita que ambas mercantiles venían actuando como un grupo laboral asumiendo la condición de empleador unitario del trabajador.

En suma, ambas mercantiles se dedican a una actividad económica idéntica y se hallan regidas por el mismo administrador, y también se aprecia la existencia de una confusión de plantillas que se traduce en el hecho de que el trabajador haya venido prestado servicios ininterrumpidamente para Europea de Pinturas Especiales, y si a ello añadimos la actuación fraudulenta de alguna de esas empresas desde el momento en que el domicilio social atribuido a Faminar 3564 en la calle José Cueto 20 de Avilés resultó desconocido, lo que se compadece con el hecho de que en las instrucciones en su día impartidas por el mencionado Sr. Eutimio se hiciese constar que el actor trabajaría con su propio ordenador portátil.

En otras palabras, no se constata que la otra codemandada tenga abierto ni haya dado de alta ningún centro de trabajo en el lugar expresado en el contrato de trabajo en su día suscrito con el actor.

De este modo, vemos como frente al trabajador podemos identificar a un solo empresario, el formado por las empresas codemandadas, pues concurre una clara confusión de plantillas, uno de los elementos antes citados que transforman al grupo mercantil en grupo de empresas a efectos laborales, y que trae como consecuencias más importantes la solidaridad de todas ellas en orden a la responsabilidad por las consecuencias de la improcedencia del despido, y el reconocimiento de una antigüedad a efecto de cálculo de la expresada indemnización por despido desde el 13 de abril de 2011, lo que determina la estimación parcial del motivo.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación formulado por la dirección letrada del trabajador contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés de fecha 11 de noviembre de 2016 , dictada



en los autos 313/16, resolviendo la demanda sobre Despido instada por D. Gregorio contra las empresas EUROPEA DE PINTURAS ESPECIALES S.L. y FAMINAR 3564 S.L., revocamos la sentencia de instancia y, previa declaración incidental de grupo de empresas a efectos laborales, condenamos solidariamente a ambas demandadas a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, opten entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, en cuyo caso habrán de saldar los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia a razón de 58,97 euros diarios, o abonar al demandante en concepto de indemnización la cantidad de 10.841,92 euros, se advierte expresamente a las demandadas que, de no efectuar la opción en el plazo indicado, expresamente por escrito o comparecencia en el Juzgado, se entenderá que optan por la readmisión y deberán abonar los salarios posteriores a la fecha de la notificación de sentencia.

Se condena asimismo de forma solidaria a ambas codemandadas a abonar al actor la cantidad de 5.672,93 euros por los conceptos salariales reclamados en la demanda.

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.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; 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.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se 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.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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