



Roj: STSJ PV 3077/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3077

Id Cendoj: 48020340012017101849

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Bilbao

Sección: 1

Fecha: 26/09/2017

Nº de Recurso: 1734/2017

Nº de Resolución: 1882/2017

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO DE SUPLICACION Nº : 1734/2017

NIG PV 20.05.4-16/001545

NIG CGPJ 20069.34.4-2016/0001545

SENTENCIA Nº: 1882/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a veintiseis de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado,**

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

S E N T E N C I A

En el *Recurso de Suplicación* interpuesto por DON Remigio , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de San Sebastián- Donostia , de fecha 10 de Febrero de 2017 , dictada en proceso que versa sobre materia de **DESPIDO (DSP)** , y entablado por el - *hoy también recurrente* -, DON Remigio , frente a las - *Empresas* - "**OGI BERRI, S.L.**", "**ALTUNA Y TOLOSA, S.L.**", "**OGIDIAZ TARCO, S.L.**", "**DIAZ TARCO, S.L.**" y el - *Organismo* - "**FONDO DE GARANTIA SALARIAL**" ("**FOGASA**") , respectivamente, es Ponente la lltma. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR** , quien expresa el criterio de la - *SALA* -.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por *Demanda* y terminó por *Sentencia* , cuya relación de *Hechos Probados* , es la siguiente :

1º.-) " Remigio , con NIE NUM000 , ha venido prestando sus servicios profesionales por cuenta y bajo el ámbito de administración y dirección de "OGI BERRI, S.L.", con antigüedad de 20 de octubre de 2014, categoría profesional de ayudante de panadero y salario de 2.211,03 euros brutos con inclusión de pagas extra (f 107 y ss).

Previamente el actor prestó sus servicios para "OGI DIAZ TARCO, S.L." entre el 11 de julio de 2013 y el 13 de octubre de 2014 como conductor (f 102 a 104).

2º.-) En fecha 15 de abril de 2016 se le notificó al actor su despido por motivos económicos conforme a la carta, que obra al folio 67, a la cual se remite esta resolución.



3º.-) En fecha 21 de abril de 2016 "OGI BERRI, S.L." le transfirió al actor la cantidad de 4190,58 € en concepto de nómina y finiquito (f71).

En el desglose del finiquito se hace constar como indemnización especial la cantidad de 2.781,90 €, tal y como obra al folio 68, el cual se da también por reproducido.

4º.-) En las notas informativas del Registro Mercantil así como informes de la empresa Axesor se hace constar la existencia de administradores, apoderados y socios parcialmente comunes de las empresas codemandadas conforme obra en los folios 126 y siguientes de autos, a los cuales se remite la presente resolución.

5º.-) El actor estuvo en situación de incapacidad temporal por enfermedad profesional (alergias; asma ocupacional) desde el 19 de febrero hasta el 19 de mayo de 2016 (f 115 y 118).

6º.-) Resulta aplicable el Convenio Colectivo de Industria de Panadería de Gipuzkoa 2012-15 (folio 160).

7º.-) En fecha 4 de mayo de 2016 interesó la parte actora la conciliación administrativa previa, resolviéndose el 17 de mayo del mismo año como intentado sin avenencia e intentado sin efecto (f 6)".

SEGUNDO .- La *Parte Dispositiva* de la Sentencia de Instancia, dice :

""A) Que estimo parcialmente la demanda formulada por Remigio frente a "OGI BERRI, S.L.", y en su virtud:

1.- Declaro improcedente el despido del 15 de abril de 2016, dando por extinguida la relación laboral por opción adelantada de la demandada.

2.- Condeno a ésta al pago de la cantidad de 815,76 € de indemnización que restaría por abonar.

3.- La anterior cuantía se incrementará con los intereses previstos en el fundamento de derecho sexto.

4.- No se hace pronunciamiento contra el FOGASA, sin perjuicio de las obligaciones que legalmente tiene atribuidas.

B) Que desestimo la demanda formulada por Remigio frente a "ALTUNA Y TOLOSA, S.L.", "OGIDIAZ TARCO, S.L.", y "DIAZ TARCO, S.L.", y en su virtud absuelvo a éstas de las pretensiones seguidas en su contra".

TERCERO .- Frente a dicha *Resolución* se interpuso el *Recurso de Suplicación* por la - *parte demandante* -, DON Remigio , que fue impugnado por la - *Mercantil codemandada* -, "OGI BERRI, S.L.".

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de *Recurso de Suplicación* , los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 1 de Septiembre, fecha en la que se emitió *Diligencia de Ordenación* , acordando la formación del *Rollo* correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

QUINTO.- Mediante *Providencia* fechada el 8 de Septiembre, se acordó, - *entre otros extremos* - que la *Votación y Fallo* del *Recurso* se deliberara el siguiente 26 de Septiembre; lo que se ha llevado a cabo, dictándose Sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado en parte la demanda dirigida por D. Remigio frente a "OGI BERRI, S.L.", "DÍAZ TARCO, S.L.", "ALTUNA Y TOLOSA, S.L.", "OGIDIAZ TARCO, S.L." y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, declarando improcedente su despido de 15 de abril de 2016 y condenando a "OGI BERRI, S.L." en las consecuencias de esta declaración, absolviendo al resto de mercantiles demandadas y sin perjuicio de las obligaciones legales del FOGASA.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación D. Remigio .

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el *Recurso de Suplicación* como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.



Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a .-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b .-) Que el error sea evidente;

c .-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d)- que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e .-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

Lo dicho hasta ahora ha sido explicitado por constante doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en un buen número de sentencias, de entre las que cabe citar las de 18 de febrero de 2014 ¿ Rec. 108/2013 -, 14 mayo de 2013 ¿Rec. 285/2011 -, y 17 de enero de 2011 - Rec. 75/2010 -.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los siguientes extremos:

a) la modificación del hecho probado primero para darle la siguiente redacción alternativa:

"PRIMERO.- Que inició, la prestación efectiva de sus servicios, el día 11 de julio de 2013, para la empresa "OGI DÍAZ TARCO, S.L.", ostentando la categoría profesional de Chófer- Repartidor de Panadería.

Dicha empresa procedió a tramitar su baja, ante la TGSS, el día 13/10/2014, haciendo constar que se producía de forma voluntaria, petición que, en ningún momento, formuló D. Remigio, extremo no acreditado por la empresa, dada su incomparecencia a los actos procesales, a pesar de estar citada en legal forma, y sin que procediese a aportar, el documento justificativo, que le había sido requerido, según Auto de fecha 7/9/2016 (Folio 40).

Sin dejar de prestar sus servicios, el actor, D. Remigio, con NIE NUM000, fue dado de alta, el 20/10/2014, en la empresa "OGI BERRI, S.L.", trabajando por cuenta y bajo la dependencia de dicha empresa, asignándole la categoría profesional de Ayudante de Panadero y salario de 2.211,03 E. brutos mensuales, con inclusión de pagas extras, convirtiendo su contrato, el 20/10/2015, en por tiempo indefinido. (Folio 107 y ss).

Sin embargo, las labores que ha venido realizando en esta empresa han sido las propias de Hornero-Oficial de Pala Panadero, correspondiéndole percibir un salario que asciende a 2.661,22 E brutos mensuales, con inclusión de la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

La empresa "Ogi Berri, S.L." no ha acreditado, por los medios admitidos en derecho, que, en el Centro de Trabajo sito en Zarautz, lugar de la prestación de los servicios del actor, existan Oficiales-Horneros Panaderos, ni a quien hubiera podido venir ayudando en tales cometidos, sin que en la norma convencional, por la que se rigen las partes, se contemple la categoría asignada de Ayudante de Panadero".



Pretensión que versa sobre la categoría del demandante, su salario y las circunstancias en que fue baja en la empresa "OGI DÍAZ TARCO" y mismos datos en la empresa "OGI BERRI". Pretensión que se desestima de plano, ya que la parte demandante la basa exclusivamente en el Convenio Colectivo de la Industria de Panadería de Gipuzkoa. En efecto, esta norma convencional no acredita ninguno de los extremos que la parte demandante intenta introducir en el relato fáctico, a salvo la correspondencia entre categorías y salarios. Pero no se acredita ni la categoría del demandante de Hornero-Oficial de Pala Panadero que pretende ni que hubiera sido dado de baja por "OGI DIAZ TARCO" haciendo constar una baja voluntaria del demandante ni que no hubiera dejado de prestar servicios para dicha empresa hasta ser dado de alta el 20 de octubre de 2014 en la condenada "OGI BERRI". Lo que pretende el recurrente es que se tengan por acreditados determinados hechos por la falta de aportación de determinados documentos requeridos a la parte demandada, lo que es facultad de la instancia a tenor de la valoración del conjunto de la prueba practicada, y en cuanto a otros hechos, pretende que se tenga por no acreditado que la condenada tenga en el centro de trabajo de Zarautz Oficiales-Horneros panaderos o ayudantes de tales, algo que no puede acceder al relato fáctico por ser un hecho no acreditado, pero sin que tenga la relevancia que le da el demandante, sin que ni siquiera conste probado que sus servicios se desempeñaran en el centro de trabajo de Zarautz. Repárese que la instancia ya ha razonado a este respecto, resaltando que no se ha practicado prueba testifical o de ninguna otra índole de la que se infiera que el puesto del demandante era distinto al especificado en su contrato y en sus nóminas.

b) la modificación del hecho probado cuarto para darle la siguiente redacción alternativa:

"CUARTO.- Con las notas informativas expedidas por el Registro Mercantil, así como con los informes emitidos por la empresa "Axexor", se acredita la existencia de administradores, apoderados y socios comunes de las empresas "Ogi Berri, S.L." y "Altuna y Tolosa, S.L.", constando D. Ernesto como Administrador Único de "Altuna y Tolosa, S.L.", y como socio único, y administrador único de la empresa "Ogi Berri, S.L." (F. 145, 148 y 158, en concreto)".

Pretensión que se rechaza, ya que la instancia se ha remitido en tales extremos a las notas informativas del Registro Mercantil, por lo que tales hechos están ya acreditados.

c) la modificación del hecho probado quinto para darle la siguiente redacción alternativa:

"QUINTO.- El actor ha permanecido en situación de incapacidad temporal, inicialmente, por contingencias comunes, al ser dado de baja, por el Servicio Vasco de Salud Osakidetza, el día 19 de febrero de 2016 (folio 111), procediendo a instar ante el INSS, el día 31/3/2016 (folio 114), un expediente sobre determinación de contingencia, que dio origen al registrado con el número NUM001 , tras ser diagnosticado de rinitis y asma ocupacional por harinas, al dar positivo con respecto a:

- Harinas de trigo.
- Centeno.
- Cebada.
- Avena.
- Y también para Tyro.

La Dirección Provincial del INSS, por resolución del 20/6/2016, que obra unida a los folios 115 y 116, resolvía estimar la acción ejercitada, ya que de acuerdo con la propuesta del EVI, la situación de I.T. se debe a contingencia profesional (enfermedad profesional, folio 116).

El actor fue dado de alta médica el 19 de mayo de 2016 (folio 118)".

Pretensión que se rechaza por ser manifiestamente innecesaria e irrelevante para la resolución del recurso, toda vez que nada práctico añade a lo ya determinado por la instancia, que ha recogido en dicho hecho probado las fechas de alta y baja por IT ¿ no combatidas por el demandante -, la contingencia de enfermedad profesional ¿ siendo irrelevante que en origen se hubiera declarado enfermedad común ¿ y la causa o diagnóstico de alergias y asma ocupacional ¿ siendo irrelevantes también las concretas sustancias a las que se haya dado positivo -.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, " examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia ", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).



Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, planteando varias cuestiones que la Sala puede resumir del siguiente modo: la categoría y salario del trabajador demandante; la inversión de la carga de la prueba respecto a las causas del despido; la pretensión de declaración de nulidad del despido enjuiciado; la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales solicitando la responsabilidad solidaria de todas las demandadas.

Analizaremos cada una de estas cuestiones separadamente.

A.- LA CATEGORÍA Y EL SALARIO DEL DEMANDANTE.

Sostiene el recurrente que el Convenio Colectivo de Panaderías de Gipuzkoa, aplicable a la relación laboral de referencia, no contiene la categoría de Ayudante de Panadero que consta en el contrato de trabajo, sino que, como Ayudante, sólo existen las de ayudante amasador y Oficial de masa. A ello añade que la empresa no ha acreditado que existan otros trabajadores que tuvieran la categoría objeto del debate y que, en ausencia de prueba empresarial, el trabajador despedido realizaba las tareas de la categoría reclamada de Hornero-Oficial de Pala Panadero, con un salario de 2.661,22 euros brutos mensuales con pagas.

Argumentación que se rechaza.

En efecto, el Convenio de aplicación recoge, como afirma el recurrente, en su artículo 4, varias categorías en varios terrenos, de entre las que debemos destacar las de: Hornero Oficial de Pala, Hornero, Amasador, Ayudante de Amasador y Oficial de masa. Cierto es que ninguna de estas categorías es la asignada al demandante, de Ayudante de Panadero, pero hemos de entender que se equipara a la de Ayudante de Amasador, que es la que se asimila más a tales funciones.

Por otra parte, como se dijo más arriba, la argumentación del recurso de que la empresa no ha acreditado que haya trabajadores con categoría de Hornero-Oficial de Pala Panadero no puede ser tenida en consideración. Y ello porque no corresponde a la parte demandada acreditar este hecho, sino que es a la demandante a quien correspondía acreditar las funciones que realmente viene desempeñando, lo que no ha hecho en modo alguno, tal como la instancia pone de relieve.

En consecuencia, se estiman correctos la categoría y el salario fijados en la Sentencia recurrida.

B.- LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA NULIDAD DEL DESPIDO.

Argumenta el recurso que la nulidad postulada deriva de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, invocando también el Convenio nº 158 OIT; que la decisión de despido es discriminatoria y que el empresario debió haber acreditado que la decisión de despedir al actor era ajena a todo ánimo discriminatorio referido a la enfermedad que padece; que, en el caso, nos hallamos ante una enfermedad profesional.

Recordemos ahora los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, en relato no alterado por esta Sala. Son los siguientes: el demandante viene prestando servicios para la demandada "OGI BERRI" desde el 20 de octubre de 2014 como ayudante de panadero; con anterioridad, había prestado servicios para "OGI DIA TARCO" entre el 11 de julio de 2013 y el 13 de octubre de 2014 como conductor; el 15 de abril de 2016 la empresa le notificó despido objetivo económico, transfiriéndole nómina e indemnización el siguiente 21 de abril; el demandante estuvo en situación de IT por contingencia de enfermedad profesional, por asma ocupacional y alergias entre el 19 de febrero y el 19 de mayo de 2016; entre las empresas demandadas hay coincidencias parciales entre administradores, apoderados y socios.

La cuestión controvertida en este extremo del recurso es la calificación del despido de que fue objeto el demandante, que la instancia ha tachado de improcedente tras haberlo así reconocido la empresa demandada y que el demandante pretende se califique de nulo por los motivos que antes hemos expuesto.



En el caso, partimos, necesariamente, de la declaración de improcedencia hecha por el Juzgado por así haberlo reconocido la empresa, en un despido en el que se alegaban causas objetivas de carácter económico, sin que conste ningún dato sobre la situación económica de la empresa.

La cuestión de la calificación del despido en situación de IT ha sido muy abordado por la doctrina judicial, que lo ha venido calificando de improcedente y no nulo, por entender que no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que recoge el artículo 14 CE, aunque puede haber casos particulares en que la conclusión sea distinta. Con carácter general, puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial ha señalado que, incluso aunque la causa simulada ocultara la verdadera causa subyacente de la existencia de la enfermedad y la situación de incapacidad temporal, el despido sería improcedente ¿ por todas, las SSTs de 22 de noviembre de 2007, Rcu. 3907/06, de 11 de diciembre de 2007, Rcu. 4355/06, de 18 de diciembre de 2007, Rcu. 4194/06, así como la consideración de no ser discriminatorio en sí mismo - STC 62/2008, de 26 de mayo -. Y ello, a diferencia del supuesto en que el despido se produce como reacción a una amenaza para obligar a la persona trabajadora a reincorporarse al trabajo, abandonando el tratamiento médico prescrito, pues ello supone un riesgo para la salud y, por ello, una conducta directamente lesiva del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE ¿ STS de 31 de enero de 2011 -.

Ahora bien, hemos también de traer a colación la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, Caso **Daouidi**, en la que el Tribunal respondía a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. Cuestión que consistía en cuestionar si entraría en el concepto de "*discriminación directa por discapacidad*", como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta entonces bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente. Resumidamente expresado, el TJUE responde con base en el concepto de "*discapacidad*" de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1.

Pues bien, con base en toda esa doctrina, el recurso va a ser estimado. En efecto, la correcta calificación del despido en el presente caso es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter "*duradero*" de la limitación de la capacidad del demandante, ya que ha padecido una enfermedad profesional consistente en alergias y asma ocupacional, lo que significa que su trabajo en panadería, en contacto con las harinas y productos que provocan la reacción alérgica y asmática, siempre va a producirlo, por lo que no es de esperar que, de seguir prestando sus servicios en esta empresa, vaya a tener capacidad laboral.

Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una situación de "*discapacidad*", en el sentido antedicho, que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no haber la empresa siquiera intentado acreditar la realidad de las causas económicas invocadas para el despido.

De ahí que el despido haya sido incorrectamente calificado como improcedente y deba calificarse de nulo.

Declaración de nulidad que no tendrá los efectos ordinarios de readmisión que pretende ahora el actor en su escrito de recurso, toda vez que en la instancia, tal como refleja la Sentencia recurrida, solicitó la nulidad "*indicando que dado que no es posible la reincorporación por inhabilidad física procede declarar la extinción del vínculo, con abono de la indemnización y salarios de tramitación correspondientes*", tal como consta en el Fundamento de Derecho Segundo, sin que el demandante haya objetado nada al respecto en su escrito de suplicación. De ahí que no quepa ahora alterar el sentido de lo solicitado en la instancia.

C.- SOBRE LA EXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS A EFECTOS LABORALES.

Argumenta el recurrente en este sentido que la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los artículos 42.1 del Código de Comercio, 1.2 ET, 18 de la Ley de Sociedades de Capital; que la solidaridad se fundamenta en la búsqueda del principio de primacía de la realidad más allá de los formalismos; que la sucesión de contratos con distintas sociedades del grupo es un elemento a tener en cuenta junto con la apariencia externa unitaria, la dirección unitaria, el abuso de la personalidad jurídica al girar bajo la denominación "OGI BERRI".

Los problemas que en el ámbito de las relaciones laborales plantea la existencia de los grupos de empresa suelen ser solventados tratándose de encontrar siempre el fundamento de la que es la principal pretensión de quien alega la existencia del grupo, esto es, la de determinar la responsabilidad solidaria como empresario de todas las empresas que forman el grupo, para lo cual ha de atenderse a la dependencia entre todas las



empresas, y, sobre todo, que éstas hayan funcionado de ese modo respecto del trabajador, o se hayan creado para conseguir dispersar o eludir las responsabilidades laborales.

La teoría del levantamiento del velo supone que, en los casos de utilización abusiva de la personalidad jurídica por el empleador, el juez no debe limitarse a la constatación formal de la sociedad y de la asunción por ésta de una posición empresarial sino que es preciso penetrar en la realidad subyacente tras la personificación para evitar que, a través de la misma, pueda realizarse una actuación fraudulenta en perjuicio de terceros.

La doctrina del grupo de empresas constituye una emanación de esta técnica, donde se busca la realidad empresarial pluripersonal y se prescinde de la adscripción formal del trabajador a una de las sociedades para advertir que el verdadero empleador lo constituye el conglomerado empresarial conjunto, la corporación en sí, configurando una situación de co-titularidad. Son también indicios razonables de la existencia del grupo: la concentración de acciones y facultades de administración, las confusiones de patrimonios, la falta de funcionamiento de unas sociedades y las apariencias externas de unitaria actuación, la insuficiencia de recursos patrimoniales para alguna de las empresas, las sucesiones entre ellas, constitución de sociedades filiales con modalidad de transmisión parcial de empresas y otras configuraciones que no pueden dejar de aplicar y declararse la responsabilidad solidaria de las empresas matrices y sus correspondientes (TSJ País Vasco 27-2-07, AS 1626).

En este sentido, la jurisprudencia considera que deben concurrir una serie de requisitos para que exista grupo de empresas el que pueda derivarse su responsabilidad solidaria en el ámbito laboral. De no concurrir de forma suficientemente relevante cualquiera de ellos no cabe establecer responsabilidad solidaria entre las empresas, que pueden conformar el grupo por el solo hecho de estar ligadas por vínculos de dirección, organización o participación accionarial, muy frecuentes en la realidad socio-económica actual, en la que las exigencias o estrategias de mercado originan situaciones de agrupación de empresas, y no por ello pierden su personalidad jurídica propia e independiente de las demás que puedan integrar o conformar el grupo (TS 22-1-90, RJ 180; 30-6-93, RJ 4939). Estos requisitos serían los siguientes: **1.-** la dependencia y comunicación entre las sociedades integradas en el mismo, lo que supone que los grupos accionariales, funcionales o de gestión que funcionaran con arreglo a estos parámetros, verían alterada la consideración jurídica de las sociedades en él integradas, que verían así difuminada al menos en parte su propia personalidad; **2.-** existe grupo de empresa cuando las sociedades que los integran, aún siendo independientes entre sí desde el punto de vista jurídico formal actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica; **3.-** la dirección unitaria de las empresas, aunque también reiteradamente se señala que los componentes del grupo tienen, en principio, un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son y que dicha dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ahora bien, los criterios jurisprudenciales establecidos para determinar la posible configuración ilícita del grupo de empresas y, por tanto, la responsabilidad solidaria de todas ellas frente a los trabajadores de cualquiera de las entidades que configuran el grupo, formando en realidad una única unidad empresarial, pueden resumirse en los siguientes: existencia de una plantilla única o confusión de la misma, lo que se produce cuando las sociedades pertenecientes al grupo se benefician de la prestación laboral de trabajadores formalmente adscritos a la plantilla de una de ellas; existencia de una caja única o patrimonio social confundido (TS 10-11-87, RJ 7838; 8-6-88, RJ 5256 y 30-1-90, RJ 233) que tiene lugar cuando se utilizan indiferentemente por todas ellas los activos o se hace pago indistinto del pasivo; cuando se produce una apariencia externa unitaria actuando en el mercado de manera conjunta, que induce a confusión a los terceros que contraten con las empresas del grupo (TS 8-10-87, RJ 6973 y 22-12-89, RJ 9073); el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (TS 6-5-81, RJ 2103; 8-10-87, RJ 6973); la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (TS 4-3-85 RJ 1270; 7-12-87, RJ 8851; 8-6-88, RJ 5251); la creación de empresas aparentes sin substrato real, determinante de una exclusión de responsabilidades laborales (TS 11-12-85, RJ 6094; 3-3-87, RJ 1321; 8-6-88, RJ 5256; 12-7-88, RJ 5802; 24-7-89, RJ 5908); la confusión de plantillas y patrimonios, la apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (TS 19-10-90, RJ 8583 y 30-6-93, RJ 4939); otras palabras, es preciso que se aprecie en el grupo una relación vertical de dirección y una dirección unitaria tanto sobre las relaciones económicas como sobre las empresariales y laborales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica ¿fragmentada jurídicamente ¿ proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección, y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales (TS 30-12-95).

En principio, resumiendo, los factores que justifican la consideración de la existencia de un grupo de empresas patológico o a efectos laborales y la correspondiente extensión de la responsabilidad solidaria son: funcionamiento integrado de la organización de trabajo o prestación de trabajo indiferenciada; la confusión de patrimonios o caja única y, finalmente, el uso abusivo de la personalidad jurídica por el grupo que



debe relacionarse con el levantamiento del velo (TS 28-6-02, RJ 10643; 20-1-03, RJ 1825/04, 3-11-05, RJ 1244/06; STS 19-12-2012, Rec. 4340/2011 ; SAN 26-07-2012, demanda 124/2012 ; SAN 28-09-2012, demanda 152/2012 ; 18-12-2012, demanda 257/2012 ; SAN 25-02-2013, demanda 324/2012 y STS 20-03-2013, rec. 81/2012).

Además, se ha entendido que en caso 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, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad. A estas situaciones apuntan lo dispuesto en el ET, que califica como empresarios a las personas físicas y jurídicas y a las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET). La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador (STS de 23-1-2007 , RJ 1910).

La jurisprudencia del TS va introduciendo matizaciones respecto de la consideración del grupo de empresas de efectos laborales. Lo hizo de manera notable en la STS de 27 de mayo de 2013 ¿ R.Cas. 78/13 ¿, en doctrina que ha seguido en sus posteriores Sentencias ¿ por todas, citaremos las de 26 de marzo de 2014, RC 86/14 , y la de 20 de octubre de 2015, RC 172/14 -. A fin de evitar interpretaciones varias, que dependen exclusivamente de la fuente tomada, la Sala, aun consciente de lo farragoso que pueda resultar, incorpora a esta Resolución el razonamiento que a estos efectos se contiene en la precitada STS de 20 de octubre de 2015 que, en lo que a los grupos de empresa y su identificación se refiere, razonó como sigue: "(¿) 2.- Nuestra doctrina sobre el «grupo de empresas» como empleador.- Antes de referir nuestra más reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad solidaria en el grupo de empresas, nos parece conveniente efectuar una matización terminológica.

Hasta la fecha siempre hemos afirmado que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- «grupo de sociedades» y el trascendente -hablamos de responsabilidad- «grupo patológico de empresas». Sin embargo, el transcurso del tiempo y la progresiva evidencia de un cierto desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades [dominicales, contractuales y personales], en muchas ocasiones absolutamente exteriorizadas y aún mantenidas por iniciativa propia en sede judicial por las propias empresas [incluso con oposición de la parte social], nos ha llevado a la conclusión de que la expresión «grupo patológico» ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros.

Dicho esto pasemos a referir nuestra vigente doctrina en la materia, expresada en numerosas resoluciones del Pleno de la Sala [SSTS 27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal »; ...; 28/01/14 -rco 16/13-, asunto «Jtekt Corporation »; 04/04/14 - rco 132/13-, asunto «Iberia Exprés »; 21/05/14 -rco 182/13-, asunto «Condesa »; 02/06/14 -rcud 546/13-, asunto «Automoción del Oeste »; ...; 22/09/14 -rco 314/13-, asunto «Super Olé » ; ...; - 24/02/15 -rco 124/14-, asunto «Roto encuadernación »; y 16/07/15 -rco 31/14-, asunto «Iberkake »], que ha ido perfilando los criterios precedentes en orden a la figura de que tratamos y que puede ser resumida -ya que en toda su amplitud ha sido expuesta con cansina reiteración- en las siguientes indicaciones:

a).- *Que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- «grupo de sociedades» y la trascendente -hablamos de responsabilidad- «empresa de grupo»;*

b).- *Que para la existencia del segundo -empresas/grupo- «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».*

c).- *Que «la enumeración -en manera alguna acumulativa- 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».*



d).- 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».

Asimismo, sobre los referidos elementos adicionales son imprescindibles las precisiones ¿misma doctrina de la Sala- que siguen:

a).- Funcionamiento unitario.- 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».

b).- Confusión patrimonial.- Este elemento «no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso»; y «ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que "no pueda reconstruirse formalmente la separación"».

c).- Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; 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», lo que no es identificable con las novedosas situaciones de «cash pooling» entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

d).- Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la «creación de empresa aparente» - concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de «pantalla» para aquélla.

e).- Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio - determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante. (¿)».

Pues bien, llevando al concreto supuesto enjuiciado los criterios expuestos, hemos de concluir que no concurre grupo empresarial con relevancia respecto de las relaciones laborales. En efecto, la doctrina del Tribunal Supremo ya ha quedado aclarada en la precitada Sentencia, en los siguientes términos, en cuanto a elementos que permiten determinar la existencia de un grupo de empresas a cuyos componentes podrá extenderse la responsabilidad solidaria: **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.

Así, en el concreto caso que nos ocupa, en aplicación de esta doctrina, hemos de concluir que los elementos de hecho no son subsumibles en modo alguno en los criterios jurisprudenciales antedichos, de donde resulta que las mercantiles demandadas no constituyen realmente un grupo empresarial patológico:

1º) no se acredita la unidad de dirección y administración, al constar únicamente que D. Ernesto es administrador único de "ALTUNA Y TOLOSA" y de "OGI BERRI" y socio único de esta última, sin que consten otras relaciones societarias ni de administración y sin que aparezca dato alguno en relación con las restantes empresas demandadas. A ello ha de añadirse que esta coincidencia de administrador único en estas dos empresas no revela, de ninguna manera, una unidad de dirección de ambas;

2º) no consta unidad de caja entre las demandadas ni dato alguno al respecto y, es más, ni siquiera ninguna alegación del recurrente en este sentido;

3º) no consta la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, pues no aparece dato alguno en relación con creación de empresa «aparente» ni ningún otro dato al respecto.



Por tanto, el recurso de la parte demandante ha de ser desestimado también en su pretensión de declaración de existencia de grupo de empresas con condena solidaria de las demandadas en las consecuencias de la declaración de nulidad del despido.

Finalmente, ha de hacerse notar que ninguna argumentación se vierte en el recurso acerca de la pretendida antigüedad del demandante, salvo la pretensión de revisión fáctica a la que ya nos hemos referido más arriba, para rechazarla, razón por la que esta cuestión no será ya abordada por la Sala.

En cuanto a la indemnización correspondiente al demandante, según lo expuesto más arriba, tomamos la antigüedad fijada en la Sentencia, de 20 de octubre de 2014 y, como fecha final del cómputo, la de la presente Sentencia ¿ 29 de septiembre de 2017 ¿ y como salario regulador, el de 2.211,03 euros brutos con inclusión de pagas extraordinarias, lo que supone una indemnización, salvo error de cálculo, de 7.196,45 euros.

CUARTO.- No procede hacer declaración sobre costas, por haber vencido, siquiera parcialmente, la parte recurrente (artículo 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Remigio , frente a la Sentencia de 10 de Febrero de 2017, del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia-San Sebastián , en autos nº 319/16, revocando la misma en el sentido de declarar la nulidad del despido objetivo de que fue objeto el demandante el 15 de abril de 2016, acordando la extinción del contrato en la fecha de esta Sentencia, condenando a la demandada "OGI BERRI, S.L." a que le abone la indemnización de 7.196,45 euros, salvo error de cálculo, con los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución, a razón de 2.211,03 euros/mes, salvo para el período en que se halló en situación de IT en que no procederá tal abono, confirmando el resto de pronunciamientos.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Iltrma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES .-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1734-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-1734-17.



Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ