



Roj: **STSJ AND 12197/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:12197**

Id Cendoj: **41091340012018103241**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **4152/2017**

Nº de Resolución: **3329/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **JS, Sevilla, núm. 4, 20-05-2014 (proc. 1274/2011),
STSJ AND 12197/2018**

RECURSO Nº 4152/17 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMO.SR.DON FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a veintidós de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 3329 /18

En el recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Vicente , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de Sevilla ; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 1274/11 se presentó demanda por D. Vicente , sobre despido, contra Espinosa Coren S.A., Cooperativa Agrícola Ganadera E Ourense S.C.G., Coren Agroindustrial S.A., Cooperativas Ourenšanas Soc. Coop. Galega, Cooperativa Provincial E Productores De Huevos De Ourense, Novagrinsa S.A., Gallega De Alimentación S.A., Suministros Corens S.A., CZ Veterinaria S.A., Sociedad Cooperativa De Criadores De Ganado Porcino, Industrias Frigoríficas Del Louro S.A. y Fondo de Garantía Salarial, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 20/05/14 por el Juzgado de referencia en que no se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.-** D. Vicente , N.I.F. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de ESPINOSA COREN S.A., desde el día 27.8.1990, con la categoría profesional de mozo de almacén, con un

salario mensual de 1.279,81 euros (salario base 903,73 euros, antigüedad 271,12 euros, plus convenio 104,96 euros), sin inclusión de pagas extras.

SEGUNDO.- En concreto, en autos constan los siguientes contratos:

- Contrato de trabajo temporal de fecha de 27.8.1990 (folio 702). Prórroga del contrato por seis meses (folio 703). Prórroga del contrato por seis meses (folio 704). Prórroga del contrato por seis meses (folio 705). Prórroga del contrato por seis meses (folio 706). Prórroga del contrato por seis meses (folio 707). Prórroga del contrato por seis meses (folio 708). Prórroga del contrato por seis meses (folio 709).

- Comunicación de conversión de contrato temporal en contrato temporal de fomento de empleo (folio 710).

TERCERO.- La empresa comunicó al actor por escrito de 4.10.2011 la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, en los términos que constan en folios 322 a 325, que por su extensión se dan por reproducidos. Se adjunta documento de liquidación y finiquito y nómina por importe de 11.720,12 euros (folios 326 y 327). SE transfirió al actor la cantidad de 11.723,43 euros el día 5.10.2011 (folio 328).

CUARTO.- La empresa Espinosa Coren S.A. comunicó a D^a Enriqueta, por escrito de 3.10.2011, la extinción de su contrato por causas objetivas (folios 329 y 330).

QUINTO.- La empresa Espinosa Coren S.A. tiene su domicilio social en Sevilla, Mercasevilla, Carretera de Sevilla-Málaga s/n, Pabellón de Recoba Cuarteladas H, I y J.

SEXTO.- La empresa Espinosa Coren S.A., en el ejercicio 2008 tuvo un inmovilizado intangible de 84,73 euros (folio 335), un inmovilizado inmaterial de 663.096,23 euros (folio 335) inversiones financieras a largo plazo de 5.731 euros (folio 335), existencias de 746.211,65 euros (folio 336), deudores comerciales y otras cuentas a cobrar por 2.295.734,43 euros (folio 336), periodificaciones a corto plazo por 9.539,59 euros (folio 337), efectivo y otros activos líquidos equivalentes por 9.719,44 euros (folio 337) y un total de activo de 3.730.119,07 euros (folio 337). Capital suscrito por 540.910,89 euros (folio 338), resultados de ejercicios anteriores -310.278,94 euros (folio 338), resultado del ejercicio 3.359,58 euros (folio 338), pasivo no corriente 75.315,86 euros (folio 338), provisiones a corto plazo 52.460,98 euros (folio 339), deudas a corto plazo 641.516,89 euros (folio 339), acreedores comerciales 2.726.833,81 euros (folio 339), total pasivo 3.730.119,07 euros (folio 339). El resultado del ejercicio fue de 3.359,58 euros (folio 341).

SÉPTIMO.- La empresa Espinosa Coren S.A., en el ejercicio 2009 tuvo un inmovilizado intangible de 20,98 euros (folio 391), un inmovilizado inmaterial de 568.936,25 euros (folio 391) inversiones financieras a largo plazo de 5.231 euros (folio 391), existencias de 970.151,72 euros (folio 392), deudores comerciales y otras cuentas a cobrar por 2.780.528,01 euros (folio 392), periodificaciones a corto plazo por 7.992,72 euros (folio 393), efectivo y otros activos líquidos equivalentes por 13.512,04 euros (folio 393) y un total de activo de 4.346.372,72 euros (folio 393). Capital suscrito por 540.910,89 euros (folio 394), resultados de ejercicios anteriores -306.919,36 euros (folio 394), resultado del ejercicio -216.001,24 euros (folio 394), pasivo no corriente 41.881,46 euros (folio 394), provisiones a corto plazo 53.585,37 euros (folio 395), deudas a corto plazo 739.782,23 euros (folio 395), acreedores comerciales 3.493.133,37 euros (folio 395), total pasivo 4.346.372,72 euros (folio 395). El resultado del ejercicio fue de -216.001,24 euros (folio 397).

OCTAVO.- La empresa Espinosa Coren S.A., en el ejercicio 2010 tuvo un inmovilizado intangible de 0,02 euros (folio 458), un inmovilizado inmaterial de 908.248,91 euros (folio 458), inversiones financieras a largo plazo de 5.231 euros (folio 458), existencias de 1.066.935,41 euros (folio 459), deudores comerciales y otras cuentas a cobrar por 2.204.385,68 euros (folio 459), periodificaciones a corto plazo por 3.888,13 euros (folio 460), efectivo y otros activos líquidos equivalentes por 19.235,55 euros (folio 460) y un total de activo de 4.207.924,70 euros (folio 460). Capital suscrito por 540.910,89 euros (folio 461), resultados de ejercicios anteriores -522.920,60 euros (folio 461), resultado del ejercicio -1.619.298,15 euros (folio 461), deudas a largo plazo 445.651,94 euro (folio 462), deudas a largo plazo con empresas del grupo 800.000 euros (folio 462), provisiones a corto plazo 45.525,82 euros (folio 462), deudas a corto plazo 909.650,07 euros (folio 462), acreedores comerciales 2.908.404,73 euros (folio 462), total pasivo 4.207.924,70 euros (folio 462). El resultado del ejercicio fue de -1.619.298,15 (folio 464).

NOVENO.- Por escritura de 29.11.2011 se elevó a público el acuerdo por el que se acordó el aumento de capital social, en que los socios Rodríguez Espinosa e Hijos S.A., Industrias Frigoríficas del Louro S.A., Gallega de Alimentación S.A., Cooperativas Ourenšanas S.Coop. Galega, efectuaron diversas aportaciones (folios 595 a 610).

DÉCIMO.- D. José Manuel Espinar S.A. interpuso demanda de despido contra Espinosa Coren S.A., que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla, autos 1.272/2.011, que dictó sentencia en fecha de 30.4.2012, en cuya virtud se desestimaba la demanda (folios 611 a 616).



UNDÉCIMO.- D. Segundo interpuso demanda de despido contra Espinosa Coren S.A., que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla, autos 1.272/2.011, que dictó sentencia en fecha de 13.8.2012, en cuya virtud se desestima la demanda (folios 627 a 637).

DUODÉCIMO.- D^a Clemencia interpuso demanda de despido contra Espinosa Coren S.A., y Sociedad Cooperativa Andaluza Industrial de Matarifes, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla, autos 1.204/2.011, que dictó sentencia en fecha de 31.5.2012, en cuya virtud se desestimaba la demanda (folios 646 a 653). Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación. La sentencia de TSJ de Andalucía de fecha de 7.11.2013 desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia (folios 654 a 657).

DECIMOTERCERO.- D. Adrian interpuso demanda de despido contra Espinosa Coren S.A., que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla, autos 653/2.011, que dictó sentencia en fecha de 30.12.2011, en cuya virtud se estimaba la demanda, declarando la improcedencia del despido (folios 658 a 667). La empresa, por escrito de 10.1.2012 optó por la readmisión de dicho trabajador (folio 668).

DECIMOCUARTO.- Cooperativas Ourensanas S. Coop. Galega, se encuentra inscrita en el libro de Inscripción de Sociedades Cooperativas, con un Consejo Rector presidido por Cooperativa de Ganaderos de Porcino de Ourense S. Coop. Galega, representada por D. Celestino y demás composición con que consta en folio 70 y 71, que se da por reproducido.

DECIMOQUINTO.- Cooperativa Agrícola Ganadera de Orense S.Coop. Galega está inscrita, y en fecha de 17.11.2011 se inscribió la renovación del Consejo Rector, siendo su Presidente D. Felicísimo (folio 106).

DECIMOSEXTO.- Sociedad Cooperativa Provincial de Productores de Huevos de Orense S.Coop. Galega está inscrita como tal cooperativa y en fecha de 17.11.2011 se inscribió la renovación del Consejo Rector, siendo su presidente D. Pelayo (folio 107).

DECIMOSÉPTIMO.- Sociedad Cooperativa de Criadores de Ganado Porcino de Orense S. Coop. Galega está inscrita como tal y en fecha de 17.11.2011 se inscribió la renovación del Consejo Rector siendo su presidente D. Carlos Antonio (folio 108).

DÉCIMOCTAVO.- Sociedad Cooperativa Andaluza Industrial de Matarifes de Andalucía giró facturas a Espinosa Coren S.A., en el período de dos mil once, en los términos que constan en folios 86 a 96, que se dan por reproducidos.

DÉCIMONOVENO.- Surave Cárnicas S.A. tiene domicilio social en Mercasevilla, Ctra. Sevilla-Málaga s/n Pabellón REcoba H4, Sevilla. Su objeto social es el comercio de reses y aves vivas, canales y carnes para consumo directo o industria, sacrificio de reses y aves, conservación por congelación o refrigeración, fabricación y comercio de conservas alimenticios adquisición. Su fecha de constitución fue 26.10.1995 (folio 730). Sus accionistas son Rodríguez Espinosa e Hijos S.A., S.Coop. Ourensanas C. Coop.Galega, Industrias Frigoríficas del Louro S.A. y Gallega de Alimentación S.A. (folio 732). El Presidente del Consejo de Administración es D. Anselmo, y Consejeros son D. Teodoro y D. Epifanio (folio 733). La hoja abierta en el Registro Mercantil aparece cerrada provisionalmente al encontrarse sin depositar dentro del plazo establecido las cuentas anuales de la misma al ejercicio 2011 (folio 886).

VIGÉSIMO.- Se dan por reproducidos los folios 98 a 101, consistentes en el informe de vida laboral de Surave Cárnicas S.A.

VIGÉSIMOPRIMERO.- El Auto de 26.2.2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, dictado en el procedimiento de concurso abreviado nº 230/2.014, declaró Surave Cárnicas S.A. en situación de concurso voluntario, siendo nombrado como administrador concursal D. Rogelio (folios 134 a 136).

VIGÉSIMOSEGUNDO.- Por escritura de 26.12.2002 se modificaron los Estatutos de Cooperativas Ourensanas S.Coop.L. renovándose el Consejo Rector, presidido por D. Teodoro. El domicilio social radica en la ciudad de Ourense, calle Juan XXIII, 33. Su objeto es la transformación, industrialización, comercialización y operaciones complementarias necesarias de las producciones realizadas por las Cooperativas que la constituyen, las cuales desarrollarán su actividad en el sector agropecuario en general y especialmente en los de avicultura, el ganado porcino y vacuno. Asimismo corresponden a esta Cooperativa la ordenación de esta producción y la prestación de servicios de asistencias, suministros, dirección técnicas y demás colaboraciones y auxilios que la propia producción demande para mayor eficacia. A título aclaratorio el artículo 5 de sus estatutos enumera sus actividades económicas, que se da por reproducido. (folios 211 a 232, que se dan por reproducidos). En fecha de 24.10.2005 se cambió su domicilio social que pasó a Centro de Procesado Avícola, Santa Cruz de Arrabaldo Ourense (folio 236). Dicha empresa solicitó en la inscripción de una patente/marca consistente en un distintivo mixto compuesto por la denominación grupo coren escrita en dos niveles, en el primer nivel la denominación de Grupo escrita en letras mayúsculas de bloque y en el segundo nivel la denominación COREN



en letras minúsculas de trazo grueso, excepto la R, mayúscula, dibujándose en la parte superior, de forma estilizada, la cabeza de un gallo, de perfil, ligeramente, que fue concedida en 22.5.1996 (folio 245). El Presidente del Consejo Rector es D. Celestino (folio 774).

VIGÉSIMOTERCERO.- Cooperativa Ourensana S.Coop. Galega tiene nº de identificación fiscal propia (folio 234).

VIGÉSIMOCUARTO.- Se dan por reproducidos los folios 195 a 209, consistentes en los TC2 de la empresa Cooperativas Orensanas S.Coop.L.

VIGÉSIMOQUINTO.- Gallega de Alimentación S.A. tiene su domicilio social en Santa Cruz Arrabaldo S/N Centro de Procesado Avícola (CPTA) Arrabaldo, Ourense. Su objeto social es la transformación y elaboración de productos alimenticios con el fin de destinarlos al consumo. Se constituyó en fecha de 27.2.1984 (folio 778). El Presidente del Consejo de administración es D. Cosme, el Consejero Delegado D. Estanislao, y Consejeros D. Gabino, D. Gustavo, D. Celestino, D^a Adriana, D. Maximino (folio 781).

VIGÉSIMOSEXTO.- En fecha de 17.1.2005 Coren y FriGolouro S.A firmaron un contrato de prestación de servicios, en cuya virtud el primero realizará una serie de labores, básicamente de asesoramiento (folios 247 a 251, que se dan por reproducidos).

VIGÉSIMOSEPTIMO.- En fecha de 17.1.2005 Coren y Frigolouro S.A. firmaron un contrato de licencia de marca por el que el primero autoriza al segundo el uso de su marca Coren para los productos que se describen en el propio contrato (folios 253 a 254).

VIGÉSIMOCTAVO.- Industrias Frigoríficas del Louro S.A. tiene su domicilio social en calle Eulogio Gómez Franqueira s/n, O Porriño (Pontevedra). Su objeto social es el sacrificio de ganado porcino y vacuno y la elaboración y comercialización de productos derivados de los mismos. Se constituyó en fecha de 9.2.1963 (folio 764). El Presidente del Consejo de Administración es D. Celestino, y Consejeros D. Luis Pablo, D. Juan Miguel, D. Amador, D. Cosme, D^a Adriana, D. Conrado, D. Eloy (folio 767).

VIGÉSIMONOVENO.- D. Fidel interpuso demanda de despido contra las demandadas y otras mercantiles, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, autos 5/2.012, que dictó sentencia 14.12.2012 desestimatoria de la demanda (folios 273 vuelto a 274). La STSJ de Galicia, A Coruña, dictó sentencia en fecha de 14.6.2013 que desestimaba el recurso y confirmaba la sentencia de instancia (folios 257 a 264).

TRIGÉSIMO.- D. Fidel, d. Ildefonso, D^a Eloisa, D^a Eva, D. Nemesio, D^a Juana interpusieron demanda de despido objetivo, entre otras, contra las demandadas, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, autos 836/2.011, que dictó sentencia en fecha de 28.10.2011, en cuya virtud se estimaba parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido con condena para Industrias Frigoríficas del Louro S.A., y absolución para el resto de codemandadas (folios 265 a 272). La sentencia de TSJ de Galicia, Sala de A Coruña, de fecha de 25.6.2012 confirmó la sentencia de instancia (folios 279 a 287).

TRIGÉSIMOPRIMERO.- Se dan por reproducidos los folios 305 a 321, consistentes en TC2 de Espinosa Coren S.A. **TRIGÉSIMOSEGUNDO.-** El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

TRIGÉSIMOTERCERO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 21.10.2011, que fue celebrado sin avenencia el día 8.11.2011 (folio 4), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia desestimó la demanda del actor que impugnaba el despido por causas objetivas que le fue notificado el día 4/10/11, y frente a dicha sentencia se alza en Suplicación el trabajador invocando el tramite procesal de los apartados a), b) y c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- Por tramite procesal adecuado, del apartado a) del artículo 193 de LRJS, se solicita nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en el juzgado, desde la sentencia incluida esta, por los siguientes motivos. En primer lugar, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 376.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución porque entiende la recurrente que los testigos propuestos por la parte que recurre, no han sido valorados correctamente, al desechar la juzgadora de instancia la validez probatoria de su testimonio por haber sido trabajadores de la empresa contra la que, como el actor accionaron por despido, defendiendo la recurrente que, habiendo concluido ya tales procesos, ninguna credibilidad resta a los mismos tal circunstancia



y no valorar su testimonio, significa contravenir las reglas de la sana crítica, pauta valorativa que para esta prueba impone el artículo 376.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil causando con ello indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución.

Para resolver este motivo de recurso, ha de partirse de que como dice la Sentencia Tribunal del Supremo (Sala de lo Social,) de 3 noviembre 2015, en relación con la prueba testifical: *" en nuestro sistema jurídico procesal y en relación con la prueba rige el principio de adquisición procesal según el cual las pruebas una vez practicadas no son de la parte, sino del Juez, quien tiene la facultad de valorarlas todas por igual o unas con preferencia a las otras siempre que se ponderen los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria. Además, precisamente en relación a este tipo de pruebas, la doctrina jurisprudencial ha venido proclamando que la prueba testifical, por sí sola o en combinación con otras, es de discrecional apreciación del tribunal sentenciador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica y que, en conjunto, la valoración de la prueba practicada es facultad privativa de los Tribunales (STS de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4640) , Rec. 3223/1999).*

No contamos con una definición legal de "reglas de la sana crítica", pero existe consenso en la doctrina en considerar a estas como las reglas del correcto entendimiento humano, y jurisprudencialmente se identifican con la lógica y la razonabilidad; así la Sentencia núm. 1169/2006 de 24 noviembre de la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, dice *"las reglas de la sana crítica no son más que las de la lógica"* y la Sentencia núm. 467/2002 de 17 mayo, del mismo Tribunal y Sala dice que *" las reglas de la sana crítica no son otras que las del criterio racional o criterio humano"*. Ello significa que las facultades soberanas para apreciar el valor de la prueba testifical que le atribuye al juzgador el artículo 376.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil conforme aquellas reglas, impiden la arbitrariedad por parte del órgano de instancia en la valoración probatoria y que sus conclusiones conduzcan a resultados irracionales, absurdos y totalmente carentes de lógica. La aplicación de lo expuesto al caso examinado, no permite acceder a la nulidad de actuaciones que se solicita porque, la juzgadora de instancia que en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia que se combate razonando que no considera probado la realización de horas extras en la empresa, porque los testigos que han declarado al respecto tienen cierto interés por haber tenido pleito de despido contra la empresa, no se aparta de un criterio racional en la valoración de este medio de prueba, aunque su proceso haya terminado, lo que por cierto no consta, y en modo alguno se concluye de manera ilógica o arbitraria o contraria al razonamiento humano, porque el enfrentamiento en un proceso entre los testigos y su empleadora que también es la de del actor, es susceptible de privar de la objetividad necesaria que haga creíble la versión de los hechos que estos puedan proporcionar. Por ello y de acuerdo con lo razonado, ha de ser desestimado este motivo de recurso.

En el siguiente apartado se solicita nulidad de actuaciones por incongruencia de la sentencia que no resuelve acerca de la improcedencia del despido solicitada por no haberse puesto a disposición del trabajador la cantidad que le correspondía, resultando inferior a la legal la que se le abonó al notificarle el despido por causas objetivas origen del recurso que nos ocupa, lo que oportunamente fue alegado en juicio. La empresa, empleadora del actor que impugna el recuso, expone que tal, es una alegación nueva y que por tanto por el motivo alegado, tampoco cabe la nulidad solicitada.

Cierto es que la sentencia no resuelve al respecto y no haciéndolo, ha de determinarse antes de resolver sobre la consecuencia, si ciertamente se trata de una alegación nueva en el recurso o lo fue en la instancia, y para resolver esta cuestión, ha de partirse de que tratándose el recurso de Suplicación de un recurso extraordinario de contenido "quasi casacional", como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, baste al efecto citar la más nueva numero 105/2008, de 15 de septiembre de 2008, y la anterior 218/2006, de 3 de julio de 2006, recurso que no cabe confundir con una segunda instancia o apelación ordinaria, ajena siempre a esta especializada jurisdicción, en este trámite no cabe plantear por el recurrente, cuestiones fácticas o jurídicas no planteadas previamente en la instancia, por tanto no resueltas, y que por esa misma razón, pueden calificarse como novedosas, pues si se admitieran, se violaría el principio de igualdad de partes y dejaría indefensa a la parte que no hubiese podido impugnar los argumentos que se diesen "ex novo", actuación que sería contraria al principio de igualdad de partes y quebrantaría la garantía de tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de nuestra Constitución, tal como se extrae de la doctrina que al respecto ha elaborado el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2001 que al respecto dice lo siguiente: *Es doctrina de esta Sala, contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo "ex officio" el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una*



evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo.

Sin embargo, no nos encontramos en el supuesto enjuiciado ante una cuestión no planeada en la instancia toda vez, que como ha comprobado la Sala mediante el visionado del CD que acompaña a las actuaciones y contiene la grabación del acto de juicio, en el minuto 2015 por la defensa del trabajador se alega que la puesta a disposición de la cantidad que correspondería al trabajador por despido objetivo, es insuficiente, sin que por las demandadas y en concreto por la empresa que es impugnante del recurso, se alegara modificación sustancial de la demanda, señal de que entendía la alegación implícita en las de la demanda donde ya se decía que el despido debía de ser calificado de improcedente, de tal manera que no puede ahora dicha empresa, negar conocimiento de tal alegación, ni que esta sea una cuestión nueva en el recurso. Pese a lo expuesto, es lo cierto que, como denuncia la recurrente, la sentencia de instancia no da respuesta específica a tal cuestión, ni puede entenderse del contenido de la sentencia una respuesta tácita y ante tal silencio, tratándose de una cuestión fundamental, es claro que la sentencia resulta incongruente quebrantándose las normas reguladoras de la sentencia, concretamente el artículo 218 de Ley de Enjuiciamiento Civil que impone congruencia, lo que obliga a resolver sobre todas las cuestiones planteadas que presenten carácter fundamental en todas las resoluciones judiciales. Ahora bien, no procede acordar la nulidad que se solicita, porque con autorización en lo dispuesto en el artículo 202.2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tomando en consideración que se cuenta en el relato de hechos probados de la sentencia combatida con todos los elementos fácticos para que la Sala pueda resolver, la Sala resolverá lo que proceda, salvándose así la nulidad que se solicita, remedio este extraordinario a utilizar con cautela y más en este caso en el que la dilación habida ya resulta excesiva.

Finalmente se solicita nulidad de actuaciones, denunciando que la sentencia no se pronuncia sobre la alegación de que la carta de despido no efectúa juicio de proporcionalidad o razonabilidad, ni tampoco se razona acerca del cumplimiento de este requisito material en la sentencia, pero tampoco por esta causa ha lugar a acceder a lo nulidad de actuaciones que se solicita, porque se trata de una cuestión jurídica que, si procediera, puede estudiar y resolver la Sala.

En consecuencia, y en atención a cuanto se ha razonado ha de ser desestimado el primer motivo de recurso que plantea el trabajador.

TERCERO.- Por adecuado trámite procesal y cita expresa en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita rectificación del contenido fáctico de la sentencia, instándose varias rectificaciones. Al respecto se adelanta ya que, que se seguirá en el estudio de este motivo de recurso la doctrina general según la cual, dado el carácter extraordinario del recurso de Suplicación, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional y se ha expuesto ya, recurso que no cabe confundir con una segunda instancia o apelación ordinaria, ajena siempre a esta especializada jurisdicción las normas que disciplinan esta vía de recurso, artículo 193 b) y 196.3 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, dejan para la revisión de los hechos un cauce muy estricto, y la modificación de los hechos que en la sentencia de instancia se consideran acreditados, que han de recoger la valoración de los elementos de convicción por parte del juzgador de instancia a quien el artículo 97.2 de la ley citada encomienda tal tarea, ha de ajustarse a los requisitos que ha precisado la jurisprudencia, baste al efecto citar la Sentencia de 16 junio 2015, (Tribunal Supremo (Sala de lo Social), que si bien se refiere al recurso de casación ordinaria, se puede aplicar sin duda al recurso de Suplicación; dicha sentencia al respecto dice lo siguiente: *Con carácter general sobre los presupuestos exigibles para que proceda la revisión fáctica en el recurso de casación ordinario y como recuerda, entre otras, la STS/IV 14-mayo-2013 (RJ 2013, 6080) (rco 285/2011), debe señalarse que establece reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de casación, reflejada, entre otras en la STS/IV 5-junio-2011 (rco 158/2010), "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) - únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala Ža quož, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (recientes, SSTS 11/11/09 (RJ 2010, 1427) -rco 38/08; 13/07/10 (RJ 2010, 6811) -rco 17/09; y 21/10/10 (RJ 2010, 7820) -rco 198/09). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTS 11/11/09 (RJ 2011, 1427) -rco 38/08; y 26/01/10 (RJ 2010, 2359) -rco 96/09)", así como que "la revisión de hechos probados exige los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador,*



de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 (RJ 2011, 2093) -rco 75/10 ; 18/01/11 (RJ 2011, 2431) -rco 98/09 ; y 20/01/11 (RJ 2011, 661) -rco 93/10). E insistiendo en la segunda de las exigencias se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 (RJ 2006, 4567) - rco 79/05 ; y 20/06/06 (RJ 2006, 5358) -rco 189/04). Añadiendo que "Asimismo, esta Sala en cuanto a la adición o ampliación de hechos probados ha reiterado, entre otras, en la STS/IV 13-noviembre-2007 (RJ 2008, 999) (rco 77/2006) que si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia" >>.

Por adecuado trámite procesal y cita expresa en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita por la actora rectificación del contenido fáctico de la sentencia, proponiendo la modificación del hecho probado primero, segundo párrafo que pretende sustituir por el siguiente: "Don Vicente , NIF. NUM000 , vino prestando sus servicios desde el día 27.8.1990, primero para la empresa RODRÍGUEZ ESPINOSA E HIJOS, S.A. y a partir del 01.01.1996 para la empresa ESPINOSA COREN, S.A. (f.700), la cual el 04.06.2012, de acuerdo con la inscripción 14ª de su hoja registral (f.804), cambió su denominación social por la de SURAVE CÁRNICAS, S.A.. A pesar de este cambio de denominación, siguió actuando en el tráfico como ESPINOSA COREN, S.A. (folios 84 y 892). El actor ostentaba la categoría profesional de mozo de almacén, con un salario mensual al momento de despido de 1.325,00 euros (salario base 903,73 euros, antigüedad 316,31 euros, plus convenio 104,96 euros) sin inclusión de pagas extras y con un salario diario a efectos de indemnización de 51,53 euros según se extrae de las nóminas obrantes a los ff.719 y 720 así como de la carta de despido obrante al f.324."

No ha lugar a lo solicitado porque lo peticionado no resulta trascendente a los fines estudiados ya que el salario la categoría y la antigüedad se reconoce al trabajador en la carta de despido, de ello parte la sentencia de instancia y nada añade a lo ya consignado en la misma lo que aquí se pretende consignar.

A continuación se solicita la adición de nuevos párrafos al hecho probado quinto del siguiente contenido: ESPINOSA COREN S.A. se encontraba constituida por RODRÍGUEZ ESPINOSA E HIJOS, S.A., INDUSTRIAS FRIGORÍFICAS DEL LOURO, S.A., GALLEGA DE ALIMENTACIÓN, S.A. Y COOPERATIVAS OURENSANAS, S.COOP.G. (f.801). En sus estatutos al f. 788 de autos, se establece el siguiente objeto social: a) El comercio, en todas sus fases, de reses y aves vivas, animales y carnes para el consumo directo o para la industrialización; el sacrificio de toda clase de reses y aves vivas, la conservación por congelación, refrigeración o cualquier otro medio idóneo de sus carnes y subproductos; la industrialización y comercialización de carnes y subproductos y la fabricación y comercialización de conservas alimentarias en las que intervenga como uno de sus componentes. b) La adquisición y enajenación, por cualquier título, de fincas rústicas y urbanas, ya sean tierras, solares o edificios; la construcción de estos y la administración, tenencia, explotación y arrendamiento, ya sea activo o pasivo, de tales bienes, según lo permita su aprovechamiento agrícola, forestal, industrial o cualesquiera otros, incluso la cría de ganado.

Los productos distribuidos por ESPINOSA COREN llevaban etiquetado de COREN (f. 894 y 895) así como el uniforme de trabajo del actor era suministrado por COREN como se acredita al f. 893 de autos. En la hoja registral de ESPINOSA COREN aparece como Secretario del Consejo de Administración don Eloy (f. 800) quien a su vez es miembro del Consejo de Administración de INDUSTRIAS FRIGORÍFICAS DEL LOURO, S.A. (f.767). Asimismo en las direcciones de las sociedades gallegas integradas en ESPINOSA COREN aparecen las mismas personas físicas, en concreto: don Celestino , quien es Presidente del Consejo de Administración de IND. FRIG. DEL LOURO, S.A., Presidente del Consejo Rector de la cooperativa de segundo grado COOPERATIVAS OURENSANAS, S.COOP.G. (f.774) y Director General de GALLEGA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (f.781); don Estanislao , quien es Director Comercial de COOPERATIVAS OURENSANAS (f. 774) y Consejero Delegado de GALLEGA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (f. 781); o don Cosme quien es Consejero de IND. FRIG. DEL LOURO, S.A. (f.767) y Presidente de GALLEGA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (F.781)."

Tampoco a esta adición a accederse porque para llegar a lo que se propone, sería necesario proceder a una valoración de toda la prueba, lo que como ya se ha dicho esta vedado a la Sala y además la fotografías, tal como ya declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 junio 2011 y en la posterior de Sentencia del 26 de noviembre de 2012, (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 786/2012), no resultan instrumentos hábiles a efectos revisores en el recurso de suplicación, dado que se trata, según el artículo 299.1



Ley de Enjuiciamiento Civil, de medios de prueba autónomos, distintos de los documentos, única prueba que con la pericial, permite la rectificación de los hechos probados de la sentencia.

Después se solicita revisión del hecho probado octavo para que se haga constar también que las deudas a corto plazo con empresas del grupo asciende a 700.000 €, a lo que ha de accederse porque el dato se extrae del documento que obra al folio 462 de la que se extrae la situación patrimonial contable de la empresa Espinosa Coren S.A.

A continuación se solicita rectificación del hecho probado Décimocuarto para que se adicione lo siguiente: *"En el art. 5 de sus estatutos se define su actividad económica en los siguientes términos: El objeto de esta Sociedad Cooperativa de segundo grado será la transformación, industrialización, comercialización y operaciones complementarias necesarias de las producciones realizadas por las cooperativas que la constituyen, las cuales desarrollarán su actividad en el sector agropecuario en general y especialmente en los de avicultura, ganado porcino y vacuno. Asimismo corresponden a esta Cooperativa la ordenación de esta producción y la prestación de servicios de asistencias, suministros, dirección técnica y demás colaboraciones y auxilios que la propia producción demande para su mayor eficacia."*

Ha lugar a lo solicitado porque lo peticionado se extrae del documento que se indica, estatutos de la cooperativa, sin necesidad de conjeturas o suposiciones.

A continuación se solicita revisión del hecho probado Decimoctavo para que se haga constar lo siguiente: *"Con posterioridad al despido del actor, hasta 8 trabajadores de S.COOP.A.INDUSTRIAL DE MATARIFES DE ANDALUCÍA, seguían destinados a cumplir el contrato suscrito con ESPINOSA COREN, S.A. En concreto, por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, aquella giró facturas a la codemandada por importe total de 11.084,45 euros, 10617,73 euros, y 10.112,13 euros, respectivamente.";* a lo que no ha de accederse pues de los documentos invocados en apoyo de la pretensión de revisión, obrantes a los folios 84 y las facturas que obran a los folios 94 y siguientes, no se extrae lo que la actora pretende constatar, sin necesidad de acudir a conjeturas y /o suposiciones en las que no puede basarse la revisión del contenido fáctico de la sentencia.

En el penúltimo motivo de recurso se solicita adición de un hecho probado nuevo del siguiente contenido: *"Según Informe del Grupo Coren al Dpto. De Relaciones Laborales de la CEOE, en el ámbito de los recursos humanos, el mismo desarrolla de forma unitaria en todas las empresas del grupo un modelo de gestión por competencias."*

Suerte adversa ha de correr también esta pretensión de revisión porque la constatación de este único párrafo del informe que obra a los folios 748 y siguientes de las actuaciones, solo puede proporcionar una información parcial del informe y llevarlo tal como se propone a los hechos probados de la sentencia, proporcionaría una información sesgada.

Finalmente se solicita la adición de un nuevo hecho probado que contenga lo siguiente: *Según "La Revista del Grupo Coren", de otoño de 2011, en su pág. 14 bajo el titular "COREN AVANZA A BUEN RITMO" se afirma que "el Grupo Coren sigue consolidando su posición financiera gracias a su política de contención de gastos y su política de expansión nacional e internacional", que "ha conseguido incrementar su facturación un 13% y que en los primeros meses de 2011 ha generado "unos recursos propios de 9,8 millones de euros";* a lo que tampoco ha de accederse por cuanto el contenido de una noticia de una revista que se cita en apoyo de la pretensión revisora, no es suficiente para adicionar lo que se solicita habida cuenta que, no se invocan otros medios de prueba de los que pueda extraerse la certeza de lo publicado.

CUARTO.- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 1.1 y 1.2 de Estatuto de los Trabajadores y artículo 7.2 del Código Civil así como la Sentencia del TS de 26 de marzo de 2014, para defender que las empresas codemandadas forman un grupo de empresas a efectos laborales y por ello, las causas alegadas para proceder al despido por causas objetivas del trabajador, han de ser valoradas en relación a la situación de todas las empresas que forman el grupo y no solo en relación con la empresa que ha procedido al despido.

No parece que las empresas codemandadas hayan negado que forman un grupo de empresas a efectos mercantiles que siguiendo la doctrina de la Sentencia núm. 643/2017 de 19 Julio dictada por el Pleno de la Sala de lo Social, " se regula por lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) , y el que en la terminología mercantil se conoce como tal -se dice literalmente en nuestra STS de 27 de mayo de 2013 (RJ 2013, 7656) (recurso 78/2012)-" ...supone una forma de vinculación empresarial más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo definirse -tal "grupo"- como el integrado por el "conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria". Así pues, el mismo se caracteriza por dos elementos: a) la independencia



jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación]... El componente fundamental -de dificultosa precisión- es el elemento de "dirección unitaria". Para la doctrina mercantilista no basta -para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo- la simple situación de control o dependencia societaria [por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración], sino que es preciso que "la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común".

Pero negado que las empresas codemandadas formen un grupo de empresas a efectos laborales, ha de partirse para su estudio de esta cuestión de la doctrina que ha elaborado el Tribunal Supremo a efectos de poder declarar la existencia de grupo de empresas a los efectos pretendidos con la consiguiente extensión de responsabilidad a las empresas del grupo. Dicho Tribunal, en su Sentencia de 2 de junio 2014, sentó al respecto la siguiente doctrina.

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 de los referidos elementos adicionales "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". Aunque en todo caso, "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. Entre otras cosas, porque en un entramado de ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma".

c).- Que entrando ya en mayores precisiones sobre los referidos elementos hemos indicado: "1º) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; 2º) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]; 3º) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes; 4º) 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"; e) que con elemento "creación de empresa aparente" -íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo"; y 5º) que 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".

d).- Que ya en referencia a aspectos más directamente relacionados con el caso debatido, nuestra casuística doctrinal insiste: 1º) no determina la existencia de responsabilidad laboral del grupo la dirección unitaria de varias entidades empresariales, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas; 2º) tampoco la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos; 3º) en igual forma que no determina la consecuencia de que tratamos -consideración de empresa plural a las diversas sociedades del grupo- que una empresa tenga acciones en otra, en tanto que respectivamente se hallan dotadas de personalidad jurídica individual, y ello -excluida la presencia del fraude que llevaría a la conclusión opuesta- aunque esa participación de una de las empresas en la otra llegue a alcanzar porcentajes



ciertamente llamativos [como el 99,97% que la correspondía a la empresa dominante en la STS 25/09/13 -rco 3/13 (RJ 2014, 1204) -; o del 100% de la STS 28/01/14 -rco 16/13 -], siempre que -repetimos- no concurre ningún elemento adicional que lleve a mantener la existencia de un grupo de empresas con específica responsabilidad laboral; 4º) lo mismo que si varias empresas lleven a cabo una política de colaboración, porque ello no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales; 5º) en igual forma que la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios; y 6º) que tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues aunque ello comporta dirección unitaria, no determina sino la propia existencia del grupo de empresas, pero no la responsabilidad solidaria de sus componentes.

Pues bien, la aplicación de la precedente doctrina al caso enjuiciado, no permite concluir en la solución que pretende la recurrente, esto es la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, porque de los hechos probados de la sentencia que se impugna, no puede extraerse, ni que trabajadores de las empresas codemandadas distintas de la del actor prestaran servicios para la empleadora de este, ni que el actor prestara servicios indistintamente para las distintas empresas codemandadas, cada una de las cuales tiene su propio domicilio social; ni puede apreciarse una unidad de dirección, y aunque coinciden en algunas empresas las personas de los socios, o unas empresas participan societariamente de otras, ello no es suficiente para admitir que existe grupo de empresas a efectos laborales, cuando tampoco se ha acreditado ni confusión patrimonial, ni que exista unidad de caja referida a la situación de permeabilidad operativa y contable; ni representación legal común, ni siquiera se ha acreditado de modo contundente que exista una única dirección comercial. Por todo ello, ha de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia, lo que acarrea que en todo caso y a resultas del estudio de los siguientes motivos de recurso, solo podrá ser condenada la empresa Espinosa Coren S.A, empleadora del actor, no las demás empresas codemandadas que deberán ser absueltas.

En el siguiente apartado del recurso, se alega la infracción de lo dispuesto en el artículo 51.1 y 53.1b) de Estatuto de los Trabajadores, para defender que no se han acreditado las causas alegadas para justificar el despido objetivo y por tanto se equivoca la sentencia de instancia al declararlo procedente, sentencia que además se equivoca al decidir el conflicto sin efectuar el juicio de razonabilidad que en el momento de notificarse el enjuiciado exigía el artículo 51.1 párrafo segundo de Estatuto de los Trabajadores y en todo caso, que el despido resulta improcedente por no haberse puesto a disposición del trabajador la cantidad que le correspondía, resultando ser la que se puso a su disposición de 9.540 €, cuando la que le correspondía era de 11.130,48 €, importe que corresponde al 60% de la indemnización (el resto era de cargo de FOGASA), tomando 51,5 € de salario día, que reconoce la empresa y la antigüedad que también reconoce esta de 27/08/90, efectuado el cálculo, tal como disponía el artículo 53.1b) de Estatuto de los Trabajadores, esto es veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

El artículo 53.1 de Estatuto de los Trabajadores disponía en el texto vigente a la fecha del despido y dispone en el actual texto vigente como formalidad de la extinción del contrato por causas objetivas, la comunicación escrita al trabajador expresando la causa y además poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, permitiéndose por el artículo 32.8 de Estatuto de los Trabajadores vigente en el momento que el despido que enjuiciamos, notificado en fecha 04/010/11 que del total de la indemnización, el del 40% fuera de cargo de FOGASA y el 60% restante fuera de cargo de la empresa, lo cual no ha discutido el recurrente; y se procederá ahora por la Sala a estudiar si se ha cumplido o no por la empresa con esta exigencia legal, respecto de lo que guarda silencio la sentencia de instancia aunque ello no ha dado lugar a la nulidad de actuaciones, según se ha razonado al estudiar esta petición de nulidad en el primer motivo de recurso planteado por el recurrente y se hará con preferencia, dado que tratándose de un requisito de forma, su incumplimiento acarrearía la improcedencia por razones formales sin necesidad de estudiar los motivos de fondo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.3 de Estatuto de los Trabajadores.

Para ello, habrá de tenerse en cuenta que no todo error en la cuantía de la cantidad que se ha de poner a disposición del trabajador simultáneamente a la notificación del despido acarrea la improcedencia del despido, disponiendo la norma citada que el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta. Pero no determinado legalmente que errores se pueden considerar excusables y cuáles no, habrá de acudir a los criterios que al respecto ha fijado la jurisprudencia y en este sentido la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2014, (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1136/2013) dice: *En este sentido*



y, como recuerda nuestra sentencia de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1602), la doctrina jurisprudencial -sentencia de 19 de junio de 2003, reiterada por otras muchas posteriores, entre las que pueden citarse las de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 596), 26 de enero de 2006, 19 de junio de 2007, 16 de mayo de 2008, 17 de diciembre de 2009 y 20 de diciembre de 2011, entre otras- ha señalado que los datos que permiten calificar un error excusable varían de un supuesto a otro, debiendo, por tanto, ser objeto de ponderación en cada caso. En la reciente sentencia de 16 de abril de 2013 (r. 1437/12) se contiene una relación de esos criterios con cita de diversas resoluciones.

Uno de estos criterios es la cuantía de la diferencia entre lo abonado o consignado y lo que se debió abonar o consignar, en la medida en que una cuantía reducida revela por sí misma el carácter no relevante del error. En el presente caso la cuantía es relevante, pues supone un incremento en torno al 24% sobre el importe de la indemnización inicial. Ahora bien, este criterio de la relevancia no agota la calificación, pues un error cuantitativamente trascendente puede ser excusable en atención a la concurrencia de algún otro elemento de ponderación que disminuya su gravedad. Entre estos elementos están, por una parte, la posible dificultad de llegar a un cálculo correcto y, por otra, la eventual subsanación del error en orden a restaurar la finalidad perseguida por la norma.

Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto examinado, no permite considerar excusable el error en el que ha incurrido la empresa, habida cuenta que partiendo de que los datos numéricos que proporciona la recurrente son correctos en cuanto a la antigüedad, el salario y el montante económico que le correspondía al actor por el despido objetivo notificado, el error en el 60% de la indemnización que abonaba la empresa asciende a 1.590 €, importe este superior a un mes de salario y que porcentualmente supone un 14% de la indemnización. Este error es inexcusable porque amén de que la diferencia cuantitativa es relevante, no puede extraerse de los hechos probados de la sentencia que existieran dificultades especiales para efectuar el cálculo indemnizatorio por resultar complejo el cálculo del salario, porque la propia empresa lo fija en la carta de despido que obra a los folios 322 y siguientes de los autos de los autos en 51,53€ día, al igual que fija la antigüedad que se aceptan por la sentencia de instancia y también por el trabajador, sin que pueda la Sala conocer cual es el motivo del error, si bien pudiera derivar de no haberse incluido para cálculo, las pagas extras en el salario día, como afirma la recurrente porque efectuado el cálculo del 60% de la de la indemnización, sin pagas extras y aplicando el tope legal, la cantidad que se obtiene es la de 9.496 €, muy próxima dicha cantidad a la que se puso a disposición del trabajador, lo que aunque así fuera en absoluto convertiría el error en excusable, ya que la inclusión de las pagas extras en el salario a efectos de despido, no admite discusión.

Así las cosas se impone la estimación del motivo de recurso que se estudia en relación con la empresa Espinosa Coren S.A., (no en relación con las demás que deberán ser absueltas, como ya se ha anticipado) y consiguientemente, revocando la sentencia de instancia, sin necesidad de estudiar si las causas del despido alegado se han acreditado, ha de ser declarada la improcedencia, con los efectos del artículo 56 de Estatuto de los Trabajadores en la redacción que presentaba la norma a la fecha del cese que da origen a las actuaciones que nos ocupan, esto es condena a la empleadora del actor, empresa Espinosa Coren S.A., a en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización que asciende a la cantidad de 49053,75 € con abono, en cualquiera de los casos, de los los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la esta resolución, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De la cantidad a percibir por la indemnización, si la empresa optara por la indemnización, podrá esta descontar la cantidad abonada por el despido objetivo de 9.540 €,

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Vicente, contra la sentencia dictada en los autos nº 1274/11 por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de Sevilla, en virtud de demanda formulada por D. Vicente, contra Espinosa Coren S.A., Cooperativa Agrícola Ganadera E Ourense S.C.G., Coren Agroindustrial S.A., Cooperativas Ourenšanas Soc. Coop. Galega, Cooperativa Provincial E Productores De Huevos De Ourense, Novagrígsa S.A., Gallega De Alimentación S.A., Suministros Corens S.A., CZ Veterinaria S.A., Sociedad Cooperativa De Criadores De Ganado Porcino, Industrias Frigoríficas Del Louro S.A. y Fondo de Garantía Salarial, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que estimando la demanda del actor contra la empresa Espinosa Coren S.A debemos declarar y declaramos improcedente el despido notificado al actor por la anteriormente citada empresa, a la que condenamos a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el



abono de una indemnización ascendente a la cantidad de 49.053,75 € con abono, en cualquiera de los casos, de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la esta resolución, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De la cantidad a percibir por la indemnización, si la empresa optara por la indemnización y no por la readmisión podrá esta descontar la cantidad abonada por el despido objetivo de 9.540 €. Igualmente debemos de absolver y absolvemos al resto de las empresas codemandadas de las pretensiones contra la misma deducidas.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Igualmente se advierte a las partes no exentas, que si recurren deberán acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de **600.- euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad "Banco de Santander", en la Cuenta-Expediente nº **4052-0000-66-xxxx(nº rollo)-xx(año)**, especificando en el campo "concepto", del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "**Recurso**".

Se advierte igualmente a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar ante esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la referida cuenta de "Depósitos y Consignaciones", tal consignación podrá sustituirla por aval bancario en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN : En Sevilla, a 22/11/18.