



Roj: **STSJ CAT 10120/2018 - ECLI:ES:Tsjcat:2018:10120**

Id Cendoj: **08019340012018106270**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **4571/2018**

Nº de Resolución: **6796/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS JOSE ESCUDERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2017 - 8002512

EBO

Recurso de Suplicación: 4571/2018

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 21 de diciembre de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6796/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Samuel frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 9 de abril de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 395/2017 y siendo recurrido Elche Restaurante, S.L., Illice Vilavila, S.L., Cheriff Restaurant, S.L., Gavamar Restaurant, S.L., Recibovila, S.L., Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de mayo de 2017 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 9 de abril de 2018 que contenía el siguiente Fallo:

"Se DESESTIMA la demanda de despido interpuesta por D. Samuel contra ELCHE RESTAURANT S.L., ILLICE VILAVILA, S.L., CHERIFF RESTAURANT S.L., GAVAMAR RESTAURANT, S.L., RECIBOVILA, S.L. Y EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Se estima parcialmente la acción de reclamación de cantidad y SE CONDENA a ILLICE VILAVILA S.L. a abonar al actor la cantidad de VEINTICUATRO EUROS CON TRES CÉNTIMOS (24,03 euros)."



SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- D. Samuel ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa Elche Restaurante S.L., con contrato indefinido a tiempo parcial de 20 horas semanales, categoría profesional de camarero y salario mensual bruto con inclusión de pagas extras, según convenio colectivo, de 840,45 euros.

Asimismo, el actor también prestó servicios para la empresa Illice Vila Vila S.L., con contrato indefinido a tiempo parcial de 20 horas semanales, categoría profesional de camarero y salario mensual bruto con inclusión de pagas extras de 780,50 euros.

SEGUNDO.- La modalidad contractual empleada en ambos casos es la de contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, estableciéndose un periodo de prueba de 12 meses. (Folios 120 a 125 y 131 a 136)

TERCERO.- El día 27 de marzo de 2017 el demandante no fue a trabajar al restaurante Ílice Vila Vila, acudiendo al servicio de Urgencias del Hospital de Bellvitge a las 20:12 horas y siendo dado de alta a las 22:34 con un diagnóstico de dorsalgia. (Folio 486 y 487)

CUARTO.- El día 28 de marzo de 2017 el demandante acudió al médico de cabecera, obteniendo un parte de baja por IT data en la misma fecha pero con efectos retroactivos del 27/03/17. El Sr. Samuel remitió dicho comunicado a la gestoría de la empresa ese mismo día a las 17:52 horas. En el ejemplar remitido no se indica el diagnóstico y consta que se trata de una baja corta con una duración estimada de 14 días. (Folios 320 a 326, y declaración de Dña. Julieta)

QUINTO.- El día 28 de marzo de 2017 a las 11:30 horas Dña. Loreto , trabajadora de Recibovila S.L. que realiza servicios de administración y facturación para las demás empresas demandadas, remitió un mensaje de whatsapp al demandante con el siguiente contenido: "Buenos días Samuel puedes pasar por la gestoría? Te estoy llamando pero no te puedo localizar. Te doy un no superado en el periodo de prueba. Lo que si me tendrás que devolver chaquetillas y llaves de taquillas. Gracias y espero te mejores". (Folio 8 y declaración de la Sra. Loreto)

SEXTO.- Las empresas empleadoras dieron de baja al demandante en la seguridad social el día 27 de marzo de 2017, con efectos del mismo día. (Folios 129 y 140)

SÉPTIMO.- El actor tiene reconocida un grado de discapacidad del 33% por Resolución del departamento de Benestar i Família de la Generalitat de Catalunya de 3 de diciembre de 2010. (Folio 489)

OCTAVO.- El día que el actor firmó en la gestoría los contratos de trabajo preguntó a Dña. Julieta si una persona podía cobrar menos que otra por ser discapacitada, exhibiendo un documento en el que se indicaba que tenía reconocido un porcentaje de discapacidad determinado que la Sra. Julieta no recuerda. (Declaración de Dña. Julieta)

NOVENO.- El Sr. Samuel está diagnosticado como portador de VIH. (Folio 499)

DÉCIMO.- En concepto de saldo y finiquito relativo a los servicios prestados en Elche Restaurante el actor percibió 120,03 euros, que fueron ingresados en su cuenta corriente el día ocho de junio de 2016. (Folio 126 y 127)

En concepto de saldo y finiquito relativo a los servicios prestados en Illice Vilavila el actor percibió 3,86 euros, que fueron ingresados en su cuenta corriente el día ocho de junio de 2016. (Folio 137 y 138)

DÉCIMO PRIMERO.- Todas las empresas demandadas tienen como administrador a D. Alfonso , y forman un grupo mercantil que gira en el tráfico bajo la denominación unitaria de Elche Restaurantes. (No controvertido)

DÉCIMO SEGUNDO.- La empresa Recibovila S.L. realiza servicios de facturación y gestión administrativa y laboral para las otras empresas demandadas, girando a cada una de ellas la correspondiente factura mensual por dichos servicios. (Folios 384 a 411)

DÉCIMO TERCERO.- Diferentes trabajadores prestan servicios para dos de las empresas demandadas con contratos a jornada parcial de 20 horas semanales, estando dados de alta en los códigos de cuenta de cotización de las respectivas empresas.

(Informes de vida laboral, folios 144 a 148 respecto de Elche Restaturante. 174 y 175 respecto de Illice Vilavila. 198 respecto de Cheriff Restaurant. 219 a 223 respecto de Gavamar Restaurant. 254 respecto de Recibovila SL.)

DÉCIMO CUARTO.- Cada una de las empresas demandadas tiene su propia cuenta corriente desde la que efectúan los pagos de cotizaciones a la Seguridad Social y abonan las nóminas a sus respectivos trabajadores. (Folios 444 a 469)



DÉCIMO QUINTO.- La parte actora no ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores. (No controvertido)

DÉCIMO SEXTO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado de intentado sin avenencia. (Folio 79)

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el trabajador demandante en el presente procedimiento, Sr. Samuel , se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que desestimó su pretensión consistente en que la extinción de su contrato de trabajo por la no superación del periodo de prueba que le fue comunicada el día 28 de marzo de 2018 por la empresa codemandada, Elche Restaurante, S.L.+4, fuera declarado como despido nulo o, subsidiariamente improcedente, con las consecuencias legales inherentes, de readmisión con indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 16.000 euros, o el pago de la indemnización correspondiente, condenando a la codemandada, Illice Vilavila, S.L., a que le abone la cantidad de 24,03 euros, por deudas salariales. El recurso de suplicación interpuesto por el trabajador ha sido impugnado por la empresa Elche Restaurante, S.L., que fue absuelta en la instancia por falta de legitimación pasiva, en solicitud de que se inadmitiera el recurso o que se confirme la sentencia recurrida, rechazando la Sala su primera alegación sobre inadmisión del recurso de suplicación del trabajador por haber sido formulado fuera de plazo, por cuanto se admitió el recurso por diligencia del Juzgado de lo Social de instancia de fecha 23 de mayo de 2018, obrante en el folio 533 de las actuaciones que no fue impugnada por la parte y que, por tanto, es firme.

SEGUNDO.- Como primeros motivos de recurso, formulados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011 , reguladora de la jurisdicción social (LRJS), por el trabajador recurrente se solicitan las siguientes modificaciones de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida:

1)Del hecho probado tercero para que se añada la siguiente frase: "...con un diagnóstico de dorsalgia y una recomendación de calor local, reposo, paracetamol y diazepam, con derivación al médico de cabecera, circunstancia que fue comunicada a las 22:34 horas del mismo día a la testigo Sra. Loreto mediante Whatsapp (folios 8, 486 y 487 de las actuaciones y declaración de la Sra. Loreto)". La pretensión del recurrente puede prosperar exclusivamente en lo relativo al diagnóstico médico que obra en las actuaciones aun cuando seguramente resulta intrascendente respecto de la sentencia que se dicta por esta Sala al no tratarse de dolencias o tratamientos médicos más graves que el apuntado en el hecho probado combatido, que también se fundamenta en los documentos obrantes en los folios 486 y 487 de las actuaciones.

2)Del hecho probado cuarto para que se haga constar al final del mismo "...que finalmente se prolongó hasta el 18/07/2017 (folios 230 a 326 y 486 a 488, y declaración de Doña Julieta)", lo que siendo cierto y pudiendo prosperar, seguramente resulta intrascendente respecto de la sentencia que se dicta por esta Sala ya que queda inmodificado que cuando se extendió la baja era de corta duración estimada en 14 días.

3)Del hecho probado quinto para que sea modificado en el sentido que la Sra. Loreto realiza funciones de encargada de gestionar los restaurantes explotados por todas las demandadas, y para que se añada un párrafo del contenido siguiente "La demandada Recibovila, S.L., emite mensualmente dos facturas a cada una de las demandadas, sin especificar detalladamente los servicios prestados (folios 384 a 411)", lo que no puede prosperar al incumplir lo establecido por constante doctrina jurisprudencial en el sentido de que por la parte recurrente se ha de demostrar la equivocación evidente del magistrado de instancia, a quien corresponde la valoración de la prueba practicada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS , sin necesidad de acudir a conjeturas, hipótesis y razonamientos.

4)Del hecho probado sexto para que se establezca que su baja en la Seguridad Social fue con efectos del día 27 de marzo de 2017 pero comunicada el siguiente día 28 de marzo, (folios 129 y 140 de las actuaciones y testifical de la testigo Julieta), no pudiendo prosperar tanto por cuanto en dichos documentos no consta la fecha de su presentación que no puede ser fijada en esta fase de recurso de suplicación mediante la valoración de la prueba testifical, siendo también seguramente intrascendente respecto de la sentencia que ahora se dicta por esta Sala ya que como reconoce el recurrente, la empresa tiene un plazo de tres días para su presentación desde la finalización de la prestación de servicios tratándose, según consta en dichos documentos emitidos por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), de una baja en periodo de prueba, lo que resulta incontrovertido, sin perjuicio de sus consecuencias jurídicas.



5) Del hecho probado octavo para que quede redactado de la siguiente forma: "El actor comunicó a la gestoría mediante el Mod. 145 de comunicación de datos al pagador su situación de discapacitado marcando la casilla destinada a tal efecto, así como su voluntad que la retención de IRPF en nómina fuera del 10%, acusando recibo la empleadora de la comunicación y documentación completa acreditativa de la discapacidad. El día que el actor firmó en la gestoría los contratos de trabajo, preguntó a Doña Julieta si una persona podía cobrar menos que otra por ser discapacitada. (folio 371, 383 y declaración de la Sra. Julieta ". Pues bien, la segunda parte de su pretensión ya ha sido reconocida en el hecho probado combatido cuyo contenido no puede ser modificado en esta fase de recurso de suplicación en base a una prueba testifical. En cuanto a los documentos obrantes en los folios 371 y 383 de las actuaciones aportados por la empresa sobre retención de IRPF, justifican que el trabajador pidió que la retención fuera del 10%, rellenando la casilla correspondiente a minusvalía "igual o superior al 33% e inferior al 65%", pero sin que se acredite que presentara documentación alguna sobre su declaración de discapacitado ni por qué motivo, razón por la que el hecho probado combatido ha de ser modificado únicamente en el sentido expuesto, todo ello sin perjuicio de que pueda resultar intrascendente respecto de la sentencia que se dicta por esta Sala.

6) La adición de un nuevo hecho declarado octavo bis del siguiente tenor literal: "Que para la firma de los contratos el actor facilitó a la gestoría toda la documentación necesaria firmando los mismos en el domicilio de la gestoría. El modelo de contratación, categoría y demás circunstancias del contrato fueron comunicados a la gestoría por la testigo Sra. Loreto (vide 2 (1) 0.57.55). El actor firmó dos (2) modelos distintos de contrato para las empleadoras el primero, anulado, indefinido en su modalidad de discapacitado y el segundo, el vigente, indefinido en la modalidad de apoyo a emprendedores con periodo de prueba de un 1 año. Que la gestoría una vez firmados los contratos, registrados en el SEPE y tramitada alta en la S. Social los entregó, junto con la documentación facilitada por el actor, a las empleadoras (declaración Sra. Julieta , Video 01 (1) 0.08.30)". La pretensión del recurrente, que podría ser trascendente a efectos de la sentencia que se dicta por esta Sala, es la relativa a la firma de dos contratos de trabajo, el primero como minusválido que fue anulado, y el vigente sin esa especificación. Dicha pretensión no puede prosperar por cuanto está basada exclusivamente en prueba testifical, inhábil a los fines pretendidos, habiendo acudido además a hipótesis y elucubraciones sobre la verdad o falsedad de lo declarado por las testigos reseñadas, cuya valoración corresponde exclusivamente al juzgador de instancia.

7) Del hecho probado noveno en que se dice: "El Sr. Samuel está diagnosticado como portador de VIH (folio 499)", para que se añada que "es público y notorio que la inmunodeficiencia Humana (VIH) provoca un deterioro físico y desgaste gradual de la salud, deficiencias nutricionales, pérdida de masa muscular y de fuerza, debilitando el sistema inmunitario e impidiendo que siga cumpliendo su función habitual, lo que provoca que la curación de cualquier incapacidad temporal (IT) se prologue en el tiempo (folio 494 (debe ser el 499) y 500)", no pudiendo prosperar, aunque seguramente con carácter general sea cierto lo que dice, en cuanto al documento nº 499 al tratarse de las consecuencias del VIH que padeció en el mes de marzo de 2018 cuando la extinción del contrato de trabajo que aquí denuncia fue bastante anterior en el tiempo, el día 27 de marzo de 2017, siendo el segundo documento un artículo médico publicado en internet sobre las consecuencia que puede tener con carácter general el sufrir VIH, que no tienen por qué ser las propias del recurrente cuando fue diagnosticado de dorsalgia un año antes.

8) Del hecho probado duodécimo de la sentencia recurrida para que quede redactado de la siguiente forma: "La empresa Recibovila, S.L., mensualmente, mantiene relaciones económicas y mercantiles con las empresas demandadas por un importe, al menos, el mes de octubre de 2017 de 129.460,62 euros y mes de octubre de 2016 de 131.563,82 euros, siendo incluidos en las facturas que emite los servicios de gestión administrativa y laboral prestados". (folios 384 a 411), pretensión que no puede prosperar al hacerla desprender de un examen por esta Sala de unos 30 documentos, sin indicar en qué documentos concretas la fundamenta, lo que va en contra de constante doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 196.3 de la LRJS .

9) Del hecho probado decimotercero para que se añada la siguiente frase: "Asimismo, diferentes trabajadores que han prestado servicios para una o dos empresas del Grupo con la consiguiente acumulación de la antigüedad. (folio 479 relación de trabajadores, e informe de vida laboral; folios 144 a 148 respecto a Elche Restaurante; 174 y 175 respecto a Illicie Vilavila; 198 respecto de Cheriff Restaurant; 219 a 223 respecto de Gavamar Restaurant; 254 respecto de Recibovila, S.L.". Fundamenta su pretensión en los documentos que cita emitidos por el servicio común, Tesorería General de la Seguridad Social, motivo por el cual la Sala los hace suyos sin perjuicio de que resulten intrascendentes respecto de la sentencia que ahora se dicta.

TERCERO .- Como siguientes motivos de recurso, formulados al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS , por el trabajador recurrente se denuncia que la sentencia recurrida infringe:

1) En primer lugar lo establecido en los arts. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 24.1 de la Constitución , y la doctrina del TJUE que entiende que la incapacidad temporal ha de ser considerada como una



discapacidad cuando tiene carácter duradero o incide en un supuesto de minusvalía tratándose entonces de una discriminación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, lo que sucede cuando se padece VIH, habiendo supuesto su despido (extinción de su contrato de trabajo) una barrera al impedir su recuperación, no habiendo podido acreditar la empresa la causa justificativa de su cese que entiende que ha sido a causa del Sida, habiendo firmado dos contratos sucesivamente, el primero como discapacitado y el segundo no, no siendo cierto lo alegado por la empresa en el sentido de que su situación de IT se alargó indebidamente, tratándose, además, su despido de una represalia ligada a que la empresa conocía su intención de denunciarla a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social (ITSS) por las posibles infracciones que cometía en materia de jornada y horario, terminando por solicitar que su despido sea declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales, arts. 14, 24.1 y 10 de la Constitución, y como ajustada a derecho la indemnización por daños morales solicitada en cuantía de 16.000 euros, al amparo de los arts. 178.2 y 184 de la LRJS, con fundamento en el art. 8.12 y 40.1 de la LISOS (Ley de infracciones y sanciones en el Orden Social) o, subsidiariamente que se declarado como improcedente, con las consecuencias legales inherentes.

2) En segundo lugar, denuncia que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina jurisprudencial relativa a los grupos de empresas, alegando la facilidad probatoria que tenía la empresa demandada de acuerdo con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que ya de la documentación obrante en las actuaciones aportada por la propia empresa y por el trabajador se desprende que varios trabajadores han prestado servicios para una o más empresas del grupo, siendo contratados sucesivamente por otras empresas con reconocimiento de la antigüedad; la apariencia externa de unidad empresarial ya que todos los restaurantes usan una misma bolsa de trabajo y una unidad de dirección; el funcionamiento unitario de las empresas del grupo, realizando la codemandada Recibovila, S.L., funciones de holding del grupo, habiendo sido abusiva su contratación en la modalidad de indefinido de apoyo a emprendedores con el único interés de aprovechar el periodo de prueba de un año sin devengar la indemnización de 12 días por año trabajado, siendo la plantilla del grupo de más de 50 trabajadores, lo que convierte en ilegal dicho tipo de contratación conforme al art. 4 de la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, estando ante un despido, con responsabilidad solidaria de todas las demandas.

Al objeto de resolver el presente recurso de suplicación esta Sala parte del contenido de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos íntegramente a todos los efectos al constar ya en los antecedentes de hecho de esta resolución, junto con las adiciones/precisiones efectuadas en el anterior fundamento de derecho, siendo lo discutido en esta fase de recurso lo siguiente: 1) Si la extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba puede calificarse como despido nulo por ser discriminatoria a causa de la minusvalía que padecía, sufriendo concretamente la enfermedad de SIDA, o por haber ido en contra de su garantía de indemnidad al tener conocimiento la empresa de que la iba a denunciar ante la ITSS; 2) Que se está ante un grupo de empresas que en su conjunto tiene más de 50 trabajadores, de modo que su contratación mediante un contrato de emprendedores fue ilegal convirtiéndose también en ilegal su extinción, lo que constituye un despido.

Pues bien, en cuanto a la vulneración de su garantía de indemnidad que se fundamenta en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva amparado por el art. 24.1 de la Constitución, aplicable a las relaciones laborales según reiterada doctrina del Tribunal, por todas, la sentencia núm. 14/1993, de 18 de enero, del Tribunal Constitucional, así como la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por todas, su sentencia 17 de junio de 2008, RCU 2862/2007, resulta que ni en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, ni en las adiciones/modificaciones solicitadas por el trabajador en esta fase de recurso de suplicación, consta referencia alguna a la existencia de una denuncia por su parte en contra de su empresa ante la ITSS, ni siquiera de tipo interno en el seno de la misma, con la consecuencia que no existiendo en las actuaciones el supuesto de hecho planteado, procede desestimar este motivo de recurso.

En cuanto a que la extinción de su contrato de trabajo al inicio de su situación de IT que comunicó a la empresa, suponga un despido nulo por tratarse de un minusválido que padece VIH, en lugar de una válida extinción contractual como ha entendido la sentencia recurrida en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, relativa al periodo de prueba en el contrato de emprendedores y por la de esta Sala de 6 de octubre de 2014, extinción que se produjo el día 28/03/2017, con efectos del anterior día 27/03/2017 cuando la empresa tuvo conocimiento de que el recurrente no acudía al trabajo por padecer dolencias que medicamente fueron calificadas como leves con una duración prevista de catorce días, habiéndose iniciado la relación laboral cinco días antes, el 23/03/2007, ello estaría apoyado en que la empresa conocía que era minusválido, aplicando así la doctrina del TJUE, en su sentencia de 10 de diciembre de 2016. Asunto C-395/2025, Mohamed Daoiuidi.

A este respecto, en las presentes actuaciones únicamente consta el hecho de que el trabajador, a efectos de la retención de IRPF por parte de la empresa, rellenó la casilla correspondiente a que fuera del 10% en base



a que sufría una minusvalía de entre un 33% y un 65%, pero sin que conste, en contra de lo que afirma, que su contrato de trabajo iba a ser el bonificado de minusválido, fuera indefinido o temporal, ya que únicamente consta en las actuaciones el suscrito por las partes, indefinido con un periodo de prueba de doce meses, sin haber hecho constar en absoluto que la causa de su minusvalía fuera la de padecer Sida, lo que tampoco alegó en su escrito de demanda judicial, seguramente por su derecho fundamental a la intimidad, rechazando también que por la empresa se le practicara ningún tipo de reconocimiento médico que le fue ofrecido en el momento de la contratación (folio 360).

A la vista de lo anteriormente expuesto no se desprende que la extinción de su contrato de trabajo durante el periodo de prueba en razón de haber comunicado a la empresa que no podía acudir a su trabajo al padecer una dorsalgia con una recomendación de "calor local, reposo, paracetamol y diazepam, con derivación al médico de cabecera", tuviera nada que ver con el hecho de ser minusválido, situación causada por cualquiera de las dolencias físicas, psíquicas y sensoriales posibles contempladas en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, ni mucho menos porque padeciera SIDA (en cuyo caso la extinción sería claramente discriminatoria), no estando ante un supuesto de discapacidad en los términos que establece la sentencia del TJUE citada "referida a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores", ni tampoco al supuesto que también comportaría que la extinción contractual fuera declarada como despido nulo, en el caso de que su IT pudiera ser catalogada como de larga evolución, al no concurrir los indicios que permiten considerar que se trata de una limitación es "duradera", y que son: 1) que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, ya que se trataba de dolencias leves; 2) que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona", tratándose de una dorsalgia de la que fue dado de alta médica por la Inspección médica, alta que no fue recurrida, pudiéndose citar al respecto la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 366/2016, de 3 de mayo .

Por todo lo anteriormente expuesto procede desestimar el recurso de suplicación en cuanto se solicita la declaración de nulidad de la extinción contractual y una indemnización por los daños y perjuicios causados.

CUARTO .- En cuanto a que las codemandadas forman parte de un grupo de empresas de naturaleza laboral, la Sala transcribe en la parte que aquí importa, el contenido de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, recurso de casación 78/2012, asunto "Aserpal , S.A.:

3.- En concreto, son criterios constantes de la Sala los que a continuación se indican:

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 persona jurídicas independientes que son" [SSTS 30/01/90 ; 09/05/90 ; ... 10/06/08 -rco 139/05 -; 25/06/09 -rco 57/08 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -).

b).- Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas (aparte de otras ya citadas, SSTS 26/01/98 -rec. 2365/1997 -; ... 26/09/01 -rec. 558/2001 -; ... 20/01/03 -rec. 1524/2002 -; 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 21/07/10 -rcud 2845/09 -).

c).- Que tampoco determina esa responsabilidad solidaria 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 son factores suficientes para afirmar la existencia de una "unidad empresarial" (SSTS 30/04/99 -rcud 4003/98 ; 27/11/00 -rco 2013/00 -; 04/04/02 -rcud 3045/01 -; 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -); como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico- laborales (SSTS 03/05/90 ; 29/10/97 -rec. 472/1997 -; 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -); como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CE , teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (SSTS 21/12/00 - rec. 4383/1999 -; 20/01/03 -rec. 1524/2002 -; y 03/11/05 -rcud 3400/04 -); y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues "pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría



sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas" (STS 26/12/01 - rec. 139/2001 -).

2.- En ese relato de componentes adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria- pueden hacerse las siguientes precisiones: a) 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; b) 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]; c) 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; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como "promiscuidad en la gestión económica" y que al decir de la jurisprudencia - STS 28/03/83 - 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 f) 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 empresadominante.

3.- De esta forma, la enumeración 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.

En todo caso parece oportuno destacar -con la ya citada STS 20/Marzo/13 - 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. 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".

Pues bien, llevado lo anteriormente expuesto a las presentes actuaciones, resulta que las empresas demandadas, todas ellas dedicadas al sector de hostelería, salvo Recibolia, S.A., que ejerce funciones de facturación y de gestoría, tienen un mismo administrador social y forman un grupo empresarial mercantil que gira en el tráfico bajo la denominación social de Elche Restaurantes (hechos no controvertidos), de modo que para que formen parte de un grupo de empresas de naturaleza laboral ha de concurrir alguna de las circunstancias adicionales antes reseñadas de las que se descartan por falta de pruebas al respecto, las relativas a confusión patrimonial, unidad de caja y la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica con la creación de empresa/s aparente/s, siendo descartable también el funcionalismo unitario que es propio de cualquier grupo mercantil que se dedica a una única actividad sin que quede constancia que se utilice en perjuicio de los derechos de los trabajadores, por lo que exclusivamente queda "la prestación indistinta de trabajo, simultánea o sucesivamente en favor de varias empresas del grupo", que puede ser de tipo individual por prestación de trabajo indistinta para varias empresas del grupo, o colectiva por confusión de plantillas.

Pues bien, en este procedimiento queda probado por la cotización a la Seguridad Social, que cada empresa del grupo tenía una cuota de cotización propia y diferenciada de las demás, así como que efectivamente hay trabajadores que han prestado servicios a tiempo parcial, normalmente del 50%, para dos de ellas. Sin embargo, no queda probado que en el cumplimiento de cada contrato de trabajo el trabajador prestase servicios indistintamente para dos o más empresas del grupo, es decir, que se le pudieran encomendar servicios en otra empresa distinta de aquella en la que estaba contratado, sin que ello contradiga la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores , que puede suscribirse a la vez por parte del trabajador con empresas diferentes y también se puede suscribir con empresas del mismo grupo mercantil para incrementar así la jornada laboral originariamente pactada (lo que iba a ocurrir con el trabajador que no llegó a iniciar sus servicios en otra empresa del grupo al haberse extinguido su contrato de trabajo durante el periodo de prueba, con la únicamente interdicción de no trabajar en una y otra empresa a la vez, como sucede en una contrato para obra o servicio determinado en que el trabajador no puede trabajar en una actividad para la que no ha sido contratado, siendo aplicable al respecto la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991 , en que se razona que: "la dirección de un grupo empresarial destina a sus



trabajadores "a una y otra de las empresas vinculadas como si de un mero cambio de puesto de trabajo se tratara. No podrían explicarse de otra manera la simultaneidad de prestación de servicios a varias empresas del grupo, o la frecuencia de las transferencias de una a otra, o la disonancia que en más de una ocasión se produjo entre la adscripción formal a una empresa y la prestación efectiva de servicios en otra distinta", sin que tampoco haya quedado probado que se dé el supuesto contemplado en la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26 de julio de 2012, autos 124/2012, que entiende que existe confusión de plantillas cuando la antigüedad se compute, habiendo rotado el trabajador por varias de las empresas, desde el inicio de la prestación de servicios en la primera de ellas, lo que no tendría razón de ser si se tratasen de empresas verdaderamente distintas.

En definitiva, de la prueba practicada en las presentes actuaciones no se desprende directamente la existencia de fraude por parte de las codemandadas, teniendo en cuenta que el fraude no se presume, no habiéndose solicitado por el actor la intervención de la representación sindical o unitaria de los trabajadores, sin tampoco haber denunciado los hechos ante la ITSS, si entendía que se trataba del incumplimiento de la normativa laboral en materia de contratación y de Seguridad Social.

Por todo lo anteriormente expuesto procede que, previa la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, se confirme la sentencia recurrida.

-Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador Don Samuel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Barcelona en fecha 9 de abril de 2018, recaída en el procedimiento 395/2017, seguido en virtud de demanda formulada por el recurrente contra las empresas ELCHE RESTAURANTE, S.L., ILLICE VILAVILA, S.L., CHERIFF RESTAURANT, S.L., GAVAMAR RESTAURANT, S.L., RECIBOVILA, S.L., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en impugnación de despido disciplinario y reclamación de cantidad, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:



La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ