



Roj: **STSJ EXT 1070/2017 - ECLI:ES:TSJEXT:2017:1070**

Id Cendoj: **10037340012017100576**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2017**

Nº de Recurso: **403/2017**

Nº de Resolución: **589/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CASIANO ROJAS POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00589/2017

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 10037 34 4 2013 0100448

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: 403/2017.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA Nº 601/2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 3. de BADAJOZ

Recurrente/s: D. Benjamín

Abogado/a: D. JUAN FRANCISCO MONTERO CARBONERO

Procurador/a: JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ LAVADO

Recurrido/s: CAMPOMAOIR DE ARIDOS S.L

Graduado/a Social: D. JOSÉ ANTONIO FRANCO DE DIOS

Recurrido/s: HORMIGONES LOS ROSTROS S.L

Recurrido/s: GRUPO MARQUEZ: CHARCOFRÍO S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS S.A (CAPIEXSA), ARIDOS CASABLANCA S.L, CAPIEXSA OBRAS S.L

Recurrido/a: PORTICO DE GESTIÓN E INGENIERIA S.L

Recurrido/a: D. David

Abogado/a: D. RODRIGO BRAVO BRAVO

Recurrido/a: D. Julio , D.ª Regina , D.ª Virtudes , D. Norberto

Abogado/a: D.ª ANA FRADE DE PERALTA

Recurrido/a: FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

**Abogado/a: ABOGADO DEL ESTADO****Ilmos. Sres.****D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ****D^a ALICIA CANO MURILLO****D. CASIANO ROJAS POZO**

En CÁCERES, a Veintiséis de Septiembre de dos mil dieciséis

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. de EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 589 /17

En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº 403/2016 , interpuesto por el Sr. LETRADO D. JUAN FRANCISCO MONTERO CARBONERO en nombre y representación de D. Benjamín contra la sentencia número 239/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº 3 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA nº 601/2014 seguido a instancia de la Recurrente , frente a CAMPOMAIOR DE ARIDOS S.L, parte representada por el SR. GRADUADO SOCIAL D. JOSÉ ANTONIO FRANCO DE DIOS, D. David parte representada por el SR.LETRADO D. RODRIGO BRAVO BRAVO, D. Julio , D.^a Regina , D.^a Virtudes , D. Norberto , parte representada por la SRA. LETRADO D.^a ANA FRADE PÉREZ DE PERALTA, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL parte representada por el SR. ABOGADO DEL ESTADO, PORTICO DE GESTIÓN E INGENIERÍA S.L , HORMIGONES LOS ROSTROS S.L GRUPO MÁRQUEZ: CHARCOFRÍO S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS S.A (CAPIEXA), ARIDOS CASABLANCA S.L, CAPIEXSA OBRAS S.L. siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr. D. CASIANO ROJAS POZO

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Benjamín presentó demanda contra frente a CAMPOMAIOR DE ARIDOS S.L D. David , D. Julio , D.^a Regina , D.^a Virtudes , D. Norberto , FONDO DE GARANTÍA SALARIAL , GRUPO MÁRQUEZ: CHARCOFRÍO S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS S.A (CAPIEXA), ARIDOS CASABLANCA S.L, CAPIEXSA OBRAS S.L, HORMIGONES LOS ROSTROS S.L, PORTICO DE GESTIÓN E INGENIERÍA S.L siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 239/2016 . de fecha Veintinueve de Abril de dos mil dieciséis .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO. D. Benjamín , ha venido prestando servicios distintas empresas EXTREMEÑAS, S.A., desde el 10/07/07, con la categoría de Encagado de obra Oficial 1ª y un salario a efectos de despido de 48,61 Euros/día. SEGUNDO. La empresa ÁRIDOS CASABLANCA, S.L, comunicó al actor su despido objetivo mediante carta de fecha 15/07/14, con efectos del día 05/08/14, según el contenido que obra al folio 108 de las actuaciones el cual se da por reproducido en su integridad. TERCERO.- La empresa ÁRIDOS CASABLANCA S.L, no entregó al actor cantidad alguna en concepto de indemnización alegando en la carta falta de liquidez y, estableciendo su efectividad en 12 plazos, sin que la cumpliera. CUARTO.- La empresa ÁRIDOS CSABLANCA S.L, forma parte del grupo de empresas denominada GRUPO MÁRQUEZ , integrado también por las empresas CHARCOFRÍO S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS S.A , HORMIGONES LOS ROSTROS Y CAPIEXSA OBRAS S.L dedicadas al sector de la construcción. QUINTO.- La mercantil HORMIGONES LOS ROSTROS S.L fue declarada en concurso necesario de acreedores mediante Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad de 13/11/13 (f. 292-297) SEXTO.- La empresa CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS S.L, se constituyó el día 06/11/14 con posterioridad al despido del actor. SÉPTIMO.- La empresa CAMPOMAIOR DEÁRIDOS SL, se constituyó el día 06/11/14 con posterioridad al despido del actor. SÉPTIMO.- La empresa PÓRTICO GESTIÓN E INGENIERÍA, S.L., se constituyó el 14/07/2010, sin que la misma haya formado parte del GRUPO MARQUEZ, ni haya existido confusión patrimonial con las personas jurídicas del citado grupo, ni desvío de fondos hacia dichas empresas (f.169-193 y pericial) OCTAVO.- El demandante no ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal de los trabajadores. NOVENO.- El trabajador reclama a la empresa la suma total de 14.417,80 euros, por los conceptos de diferencias de Convenio del año 2012 y 2013, diferencias de dos



pagas extras de 2012, diferencias de enero de 2014, mensualidades de febrero a agosto de 2014, paga extra de julio y parte proporcional de la paga extra de Navidad de 2014, conforme al desglose del hecho tercero de su demanda. DÉCIMO.- Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de de Trabajo Derivados del Cemento de la Provincia de Badajoz. UNDÉCIMO.- Intentada la conciliación ante la UMAC el día 19/09/2014, terminó con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que DESESTIMANDO la acción de rescisión de contrato y ESTIMANDO parcialmente las acciones sobre despido y reclamación de cantidad en virtud de demanda interpuesta presentada por D. Benjamín , frente a GRUPO MARQUEZ : ÁRIDOS CASABLANCA S.L, CAPIEXSA OBRAS, S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS , S.A., CHARCOFRÍO S.L., HORMIGONES LOS ROSTROS S.L., sus administradores D. Julio Y D. Norberto , D. David , D.^a Virtudes , D.^a Regina y a PÓRTICO GESTIÓN E INGENIERÍA S.L., debo DECLARAR Y DECLARO la improcedencia del despido practicado, condenando solidariamente a las empresas del Grupo Márquez: ÁRIDOS CASABLANCA, S.L., CAPIEXSA OBRAS S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS, S.A, CHARCO FRÍO S.L., HORMIGONES LOS ROSTROS S.L., a que, a su opción, readmitan al trabajador despedido en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido con abono por parte de la demandada de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente Sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si ello fuera anterior a la sentencia, o a que le indemnice en la cantidad de 14.038,51 euros (s.e.u.o). La expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la Sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que opta por readmitir a la trabajadora demante. Asimismo debo condenar y condeno solidariamente a las empresas del Grupo Marquez: ÁRIDOS CASABLANCA, S.L, CAPIEXSA OBRAS, S.L, CALES Y PIEDRAS EXTREMEÑAS, S.A CHARCOFRÍO S.L, HORMIGONES LOS ROSTROS S.L., a que solidariamente abonen al actor la suma de 9.604,11 euros. DEBO ABSOLVER ABSUELVO libremente a D. Julio Y D. Norberto , D. David , D.^a Virtudes , D.^a Regina y a PÓRTICO GESTIÓN E INGENIERÍA S.L, de las pretensiones dirigidas contra ellos en la presente demanda.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Benjamín interponiéndolo posteriormente. Tal recurso si fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha Doce de Junio de Dos mil diecisiete .

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - Se somete a nuestra consideración, por la vía del recurso de suplicación, la sentencia Nº 239/16, de fecha 29/04/2016 , dictada por el Juzgado nº 3 de Badajoz en sus autos sobre DESPIDO, RESCISIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD 601/2014 que desestima la acción de rescisión de contrato y estima parcialmente las de despido y reclamación de cantidad, declarando la improcedencia del despido practicado condenando solidariamente a las empresas del GRUPO MARQUEZ a readmitir al actor o abonarle la indemnización de 14.038,51 euros, condenando también a dichas empresas a que le abonen solidariamente la suma de 9.604,11 euros por varios conceptos (diferencias de convenio, diferencias de dos pagas extras y mensualidades y pagas extras no abonadas). Falla también absolver libremente a Julio y Norberto , a David y a Virtudes , Regina y a las mercantiles PORTICO GESTIÓN E INGENIERIA S.L y CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS S.L.

Frente a ella se alza la defensa del trabajador esgrimiendo, en primer lugar, ex art 193 a) LRJS , la NULIDAD de la sentencia y la reposición de los autos al momento en que se han infringido las siguientes normas y garantías del procedimiento causantes de indefensión:

En primer lugar, el art 50 ET y 218 LEC , así como la doctrina contenida en la STS de 20/07/2012, rec. 1601/2011 y también el art 32.1 LRJS , sobre la base de considerar que la sentencia *no ha entrado a enjuiciar sobre el fondo del asunto de la acción de rescisión del contrato al considerar que no se podía accionar al haber sido despedido cuando se interpuso la demanda* . Frente a este argumento, la defensa de la impugnante del recurso entiende que con él sólo se pretende la dilación artificial del proceso, puesto que, aunque ello fuera como pretende, no tendría efecto alguno, al haberse estimado la acción de despido y, por tanto, establecida en la sentencia la misma indemnización que correspondería en rescisión de contrato, lo cual, si la Sala lo estimara, podría resolverlo en la sentencia que dicte y no devolver las actuaciones al Juzgado.



Pues bien, planteado así el primer motivo de nulidad, y siguiendo el razonamiento de la **STS 18/07/2002, rec. 1289/2001**, lo que en realidad se está alegando es que la sentencia recurrida ha desconocido su derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24.1 de la Constitución) al estimar la excepción de falta de acción alegada por la parte recurrida y no emitir una resolución de fondo fundada en derecho, pese a que concurrían todos los requisitos procesales por ello. De ser así, el reproche sería acertado, pues como ha señalado con reiteración el Tribunal Constitucional, la negativa de forma arbitraria o irrazonable a un juicio de fondo, cerrando éste, quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 160/1985 y 71/1991 , entre otras muchas).

La denominada falta de acción no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones, se la haya identificado, y no en todos los casos acertadamente, con: A) un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) la ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada.

La Sentencia de instancia dedica a la cuestión su fundamento sexto, con el siguiente argumentario: *En cuanto a la falta de acción respecto de la solicitud de extinción del contrato ha de ser estimada en la medida que el despido se produce con anterioridad a dicha solicitud, mediante carta de 15/07/14 y con efectos desde el 05/08/14, causando baja en la Seguridad Social dicho día, sin que a dicha fecha se hubiese presentado la solicitud de conciliación ante el UMAC (se presentó el 01/09/14) y posterior demanda judicial (se interpuso el 23/09/14), por lo que ante tales datos no cabe sino afirmar que el demandante carecía de acción para reclamar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, en la medida que la relación laboral ya había perdido vigencia, dado que el despido tiene efectos ex tunc, es decir, desde la fecha de efectos del mismo, no pudiendo pues declararse la extinción de un vínculo contractual que ni siquiera al tiempo de presentar su demanda se encontraba vivo .*

La sentencia recurrida, señala como motivo adicional para justificar dicha decisión, la ausencia de un interés actual.

Expuesto el motivo de impugnación de esta forma, la Sala comparte el planteamiento del trabajador impugnante, pues es doctrina reiterada la que establece que deben analizarse las dos acciones (así lo establece el Tribunal Supremo en las Sentencias que analizamos en las nuestras de 07/07/2015, rec. 218/2015 , 06/03/2014, rec. 18/2014 y 01/03/2012, rec. 15/2012).

Ahora bien, ello no determina que estimemos la pretensión del recurrente (de anulación de la sentencia y devolución de los autos al juzgado para que se pronuncie sobre la acción de resolución del contrato a instancias del trabajador), pues es de aplicación el art 202.2 LRJS , que nos obliga a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en los que se haya planteado el debate, al poder hacerlo por entender que, del análisis conjunto del relato de hechos probados y de fundamento de derecho duodécimo (donde consta que la defensa de los demandados reconoció adeudar por los conceptos de, entre otros, mensualidades de salario no adeudadas de febrero a agosto de 2014), los incumplimientos empresariales han quedado acreditados, pese a lo cual no puede estimarse la pretensión declarativa de la rescisión por causas imputables al empresario al no haberse sustentado en infracción de norma o doctrina jurisprudencial alguna, ex art 193 c) LRJS .

SEGUNDO . - El segundo motivo de impugnación, ex art 193 a) LRJS , es la infracción de lo dispuesto en el art 97.2 de la LRJS , 218.2 LEC y 24.1 CE , por los siguientes submotivos:

a) La sentencia no fundamenta en base a qué documentos o pruebas ha declarado los hechos probados, no bastando con la expresión contenida en el fundamento de derecho primero de que se declara que los hechos probados se han deducido de la documental obrante en autos y pericial.

b) No se contiene que personas físicas o jurídicas conforman el grupo empresarial y han creado las sociedades antiguas y nuevas.

c) No indica en base a qué prueba se expresa en el hecho probado décimo que Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Trabajo Derivados del Cemento de la Provincia de Badajoz, cuando en la demanda se alegó que la actividad de los demandados es la de Construcción, y no hubo oposición de los mismos a dicho Hecho Cuarto de la demanda, de lo que deduce que al sentencia ha incurrido en incongruencia interna por decidir cuestiones no discutidas en la litis y ser la solución judicial distinta y sin fundamentar, por lo que las actuaciones deben devolverse al Juzgado para que resuelva dicha incongruencia y falta de motivación.

Frente a ello, el escrito de impugnación confronta la demanda (cuyo contenido se limita a tres hechos que ocupan un folio) con los cinco folios que ocupa la sentencia, los once hechos probados y los trece fundamentos de derechos, en los que la Juzgadora estudia todas las cuestiones planteadas.



Pues bien, el motivo debe ser rechazado ya que, como hemos dicho muchas veces, Si se solicita la nulidad de la Sentencia recurrida (conforme al apartado a) del artículo 193 LRJS de 10-10-11), por alegarse la existencia de una presunta infracción de una norma procesal causante de indefensión, se debe de señalar en ese caso, de un modo claro, preciso y concreto, cual sea la misma, así como razonando sobre la imposibilidad de otra solución procesal menos traumática, y detallando en que consista tal indefensión, exigencia ineludible para que pueda prosperar el motivo, siendo lo cierto que no se expone en modo alguno en qué ha consistido la indefensión material alegada.

Por otra parte, no cabe exigir a la sentencia que consten como hechos probados los que no han sido alegados en la demanda, como es la determinación de las personas físicas que han creado cada una de las empresas que conforman el grupo empresarial. Y no es cierto que no consten las empresas que lo forman, pues a ello se dedica el hecho probado cuarto.

Y para concluir con este motivo, la única mención que contiene la demanda al convenio colectivo de aplicación es al Convenio Colectivo Provincia de Derivados de cemento (hecho primero), con lo que carece de sentido el submotivo c) anteriormente expuesto.

TERCERO . - Al amparo también del art 193 a) LRJS , se sustenta la nulidad de la sentencia respecto a la falta de fundamentación y de examen de las pruebas aportadas, al eximir a la codemandada Campomaior de Áridos SL en el último párrafo del fundamento de derecho noveno de la sentencia, entendiendo que ello conlleva la vulneración de todos los preceptos señalados en el motivo anterior más la infracción del art 24.2 CE , en cuando se ha obviado si es que vale o no la Certificación del Registro Mercantil obrante a los folios 113 al 115, recordándonos que en un caso parecido (sentencia nº 257/2012, de fecha 22/03/2012) se había declarado la nulidad de la sentencia porque no se había examinado la prueba.

Frente a este argumento, la empresa impugnante del recurso expone que la motivación de la sentencia para exonerarla de responsabilidad es suficiente, cabiendo únicamente añadir que si un hecho o cuestión de hecho no se ha probado, nada haya que razonar sobre el mismo, por ello ni existe incongruencia ni se da la nulidad que se pide en el recurso

Pues bien, como afirma la jurisprudencia (STS de 22 de enero de 1998). «La declaración de hechos probados debe ser concreta y detallada en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley».. Del propio modo, y en lo que afecta a la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Alto Tribunal, en sentencia de 21 de marzo de 2002 , nos ilustra, al hilo de la denuncia del mentado precepto en relación con el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , de la siguiente forma:

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo, desde hace muchos años, no se ha ocupado de manera preponderante en explicar lo que es una sentencia congruente, sino más bien en detectar y corregir los supuestos en que la sentencia recurrida incurre en incongruencia. Una de las posibilidades retenidas (también por la jurisprudencia constitucional) es la que suele denominarse: incongruencia omisiva, supuesto que se identificaría con aquel en que el juez no se pronuncia sobre alguno de los puntos que integran el debate, en el entendimiento de que la deficiencia no es solamente la que se ubica en el fallo o parte dispositiva, sino también aquella que lo hace en los fundamentos que le preceden y motivan. Ello es lo que nos lleva a excluir la llamada desestimación tácita de pretensiones, si por tal se entiende la emisión de un fallo de signo completamente desestimatorio; pues bien pudiera ocurrir que la inclusión en el mismo, por la tácita, de todas las cuestiones y peticiones planteadas, no impidiera, empero, que la sentencia fuera a la postre incongruente, por omitir las razones de su decisión. Vicio que entonces equivale, en técnica más depurada, a otra exigencia interna de la sentencia: su exhaustividad .

La aplicación de la anterior doctrina nos lleva a desestimar el motivo de nulidad, pues centrándonos en las únicas acciones analizadas en la sentencia (la de despido y la de reclamación de cantidad) quedan claros los hechos y razonamientos que llevan a la Juzgadora de instancia a declarar la exención de responsabilidad de la empresa CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS SL en el despido y en las cantidades reclamadas, al sustentarla en que se constituyó con posterioridad a que tuviera lugar y en que la parte actora no ha justificado el ánimo defraudatorio determinante de su responsabilidad (último párrafo del fundamento de derecho noveno). Y ello, independientemente de que se esté o no de acuerdo, permite una completa defensa en el recurrente, para llevar a la Sala a otra conclusión, a lo que, por cierto, dedica todo el resto del recurso.

CUARTO . - Al amparo procesal en el art 193 b) LRJS , se pretende se complete el aserto referido a la codemandada Campomaior de Áridos que contiene la sentencia recurrida, sobre la base del documento consistente en Certificación del Registro Mercantil de Badajoz que obra a los folios 113 y 115 de los autos, lo que significa que pretende se adicione al HECHO PROBADO SEXTO (La empresa CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS SL, se constituyó el día 06/11/2014, con posterioridad al despido del actor) lo siguiente: *La Compañía*



codemandada Campomaior de Áridos SL, se constituyó por Escritura Pública el 6/11/2014 subsanada por otra de fecha 16 de enero de 2015, con domicilio en Carretera BA-20, Km 1 (Campomaior) por los socios de la Sociedad Áridos Casablanca SL, con 2970 participaciones, ésta con domicilio en Carretera BA-20 Km 1 (Campomaior) y representada también por D. Julio , Administrador Único de las mismas, así como también socio de 130 participaciones de dicha Sociedad Campomaior de Áridos SL, siendo designada también Administrador Único de la misma Sociedad .

Frente a esta pretensión de adicción, la empresa impugnante, reconociendo implícitamente que se trata de un documento apto para sustentarla, esgrime que la revisión de los hechos no faculta al tribunal para hacer una nueva valoración de la prueba y que, en cualquier caso, la revisión en nada afectaría al fallo absolutorio de la recurrida, pues para darse lo que parece pretender el recurrente: la continuidad de la explotación del mismo negocio que las condenadas, tal circunstancia debió acceder a los hechos probados de la sentencia de instancia, pues de no hacerse, tal cual es, resulta que ningún tipo de fraude o intención defraudatoria se ha producido o que se extraiga de lo actuado.

Pues bien, expuesta así la controversia sobre la revisión fáctica, e independientemente de las consecuencias de su aceptación, no cabe duda que debe llevarse a cabo, pues la propuesta de adicción no hace sino recoger lo que pone de manifiesto de modo claro, evidente, directo, patente y contundente la Certificación del Registro Mercantil de Badajoz que obra a los folios 113 a 115 de los autos, sin que sea necesario tener que acudir para ello a conjeturas de clase alguna, ni a elucubraciones, suposiciones o argumentaciones añadidas, para dejar la realidad de la revisión propuesta. Por otra parte, y como queda dicho, la contraparte no cuestiona la realidad propuesta.

Ello no obstante, debe corregirse el error aritmético existente en la redacción propuesta, pues constando en la Certificación que el capital social se fijó en 3.000 euros, dividido en 3.000 participaciones sociales, y asumiendo y adjudicándose la compañía ÁRIDOS CASABLANCA SL 2.970 participaciones, es claro que el administrador único de ambas, Julio , no pudo adjudicarse 130, sino solamente 30.

QUINTO . - Al amparo procesal del art 193 c) LRJS se esgrime la infracción de lo dispuesto en el art 44 del ET y la teoría jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, en el que ha incurrido la sentencia impugnada desde el momento en que absuelve de sus pedimentos a las personas físicas mencionadas en el encabezamiento de la demanda rectora de los autos, sobre la base del relato de hechos económico-bancarios que hace la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 (folios 129 al 140), al entender la defensa del trabajador que dichas personas físicas, dos hermanos, sus esposas y el hijo de uno de ellos han cometido un auténtico fraude legal al constituir o mantener activas unas sociedades instrumentales y cuyos únicos beneficiarios son las personas físicas demandadas, por lo que procede la aplicación de la teoría del levantamiento del velo que pretende corregir el ejercicio abusivo de la personalidad jurídica con la única finalidad de eludir responsabilidades.

A esta cuestión dedica la sentencia impugnada el fundamento de derecho noveno, en cuyo primer párrafo se razona la absolución de las esposas, por haber sido absueltas en todas las sentencias dictadas por los distintos juzgados de Badajoz al no constar su participación real y directa en la actividad empresarial y sin que en el presente procedimiento se haya acreditado circunstancias determinantes de su responsabilidad.

A la responsabilidad de los varones demandados dedica la sentencia el párrafo segundo con el siguiente argumentario: Tampoco cabe apreciar responsabilidad solidaria de D. David , ni de D. Norberto Y D. Julio , en la medida que la única prueba aportada al respecto son sentencias del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad en las que se estimó la responsabilidad solidaria de los mismos junto a las empresas del Grupo Marquez. Sin embargo, tales sentencias no constituyen prueba suficiente en el procedimiento que nos ocupa, en la medida que, no sólo no consta la firmeza de dichas sentencias, sino que también, obran unidas a las actuaciones otras sentencias del Juzgado de lo Social nº 4 y nº 1 de esta ciudad que, contrariamente a aquéllas, han resultado absueltas, siendo una de ellas confirmada por nuestro TSJ con fecha 10 de diciembre de 2015 , sin que en el presente procedimiento se haya aportado otro tipo de prueba que determinase la responsabilidad que se pretende de dichas personas.

La empresa impugnante del recurso se defiende argumentando que la aplicación de la teoría del levantamiento del velo se sustenta en elucubrar sobre unos datos bancarios que no han tenido acceso a los hechos probados de la sentencia y que ni siquiera se ha pretendido su inclusión por la vía de la revisión de hechos no dándose por probado en los actuado ninguno de los requisitos de aplicación de la citada teoría, esto es el fraude a los derechos del trabajador, el abuso a través de la constitución de empresas ni la continuidad por la recurrida del negocio de las empresas condenadas.

Planteado así el debate, la controversia sobre la responsabilidad de las personas físicas varones demandados (no así de las féminas sobre las que todas las sentencias de los Juzgados de Badajoz que han tratado de cuestiones idénticas a la que ahora nos ocupa, esto es el despido por causas objetivas de sus trabajadores



por las empresas del Grupo Marquez) ha sido resuelta de modo divergente, pues mientras el Juzgado nº 2 ha considerado que eran responsables solidarios con sus empresas, el juzgado nº 1 y el Juzgado nº 4 los han absuelto.

Esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en dos ocasiones. La primera de ellas en nuestra Sentencia nº 604/2015, de fecha 10/12/2015, en recurso de suplicación planteado, en defensa de los trabajadores actores despedidos, por el mismo letrado que dirige el recurso de suplicación que ahora resolvemos, contra la sentencia nº 186/15 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 en sus autos de despido nº 114/2014. En ella se rechaza la pretensión de que se declare la responsabilidad de las personas físicas varones demandadas por cuanto se sustentaba en la excepción de cosa juzgada material que sobre el proceso debía producir la Sentencia nº 358/14, de fecha 12/11/2014, dictada por el Juzgado nº 2 en la que se fallaba declararles responsables junto con sus empresas, y sin embargo no se acreditó que esta sentencia fuera firme. Se desestimó pues, por un motivo puramente formal.

La segunda ocasión en la que nos hemos pronunciado ha sido muy recientemente, en la sentencia dictada en nuestros autos 360/2017, en recurso de suplicación planteado contra la sentencia nº 275, de fecha 26/06/2015, dictada por el Juzgado nº 2 de Badajoz, en sus autos PO 354/2014, que, estimando parcialmente la acción de reclamación de cantidad promovida por los trabajadores actores, condena al grupo de empresas demandado y a las personas físicas varones administradoras de las mismas a que de forma solidaria abonen a cada uno de los cinco actores a las cantidades reclamadas en concepto de mensualidades y pagas extras no percibidas. Nuestra sentencia confirma la impugnada en el punto que ahora interesa. Esto es, confirma la declaración de responsabilidad de las personas físicas varones. Y en ella, aunque se rechazó por un motivo formal (así consta en el párrafo primero del fundamento CUARTO cuando razonamos que CUARTO. - Por lo que respecta a los motivos de oposición esgrimidos, al amparo de lo establecido en el art 197.1 LRJS, por la letrada D^a Ana Pérez-Frade de Peralta en la representación que ostenta, preciso es comenzar destacando que se pretende absolver a las personas físicas demandadas con lo que se está alterando el alcance que debe atribuirse al escrito de impugnación de un recurso de suplicación (sin duda para soslayar el Decreto de fecha 08/05/2017 que inadmitió el recurso de suplicación presentado por falta de subsanación de los defectos apreciados) conforme a la doctrina sentada en casación para unificación de doctrina por la STS de 15/10/2013, rec. 1195/2013 (en resumen, sólo puede pretenderse la inadmisión o desestimación del recurso presentado de contrario, pero no la revocación de la sentencia impugnada que es lo que en realidad se plantea), con lo que sólo por esta circunstancia debemos rechazar los motivos de oposición), sin embargo se entró a analizar el debate de fondo, aunque fuese como obiter dicta, cuando razonamos que *Lo que determina la condena de las personas físicas masculinas que se mencionan en el fallo es la teoría del levantamiento del velo, sobre la base de considerar probado el fin fraudulento de los movimientos contables que se declaran probados en el HECHO PROBADO QUINTO, dedicando la Juzgadora nada más y nada menos que tres fundamentos (sexto, séptimo y octavo) a justificar su conclusión de fraude a la vista de todo el material probatorio existente en los autos. Y frente a ello, el recurso de suplicación se limita a transcribir una sentencia nuestra y a llegar a una conclusión distinta (no ha existido uso fraudulento ni desviación patrimonial fraudulenta de saldo de cuentas de la empresa hacia particulares, siendo lo cierto que los ingresos de la empresa han ido dirigidos en todo momento atender pagos de la actividad empresarial, no habiéndose demostrado lo contrario) sin plantear la modificación y/o adicción del relato de hechos probados. Esto es, se pretende que la Sala realice una nueva valoración probatoria y, además, se plantea sin una verdadera crítica a los argumentos contenidos en los mencionados fundamentos de la sentencia, lo que no puede ser aceptado, pues, como hemos dicho muchas veces (por todas nuestra reciente sentencia de 30/05/2017, rec. 512/2016): (...) en cualquier caso, lo que realmente se plantea por la recurrente es la propia valoración de la prueba, tratando de conseguir que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala a quo), por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica (en el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014).*

Así las cosas, la Sala no puede sino estimar el recurso de suplicación en cuanto la sentencia objeto de nuestro recurso absuelve de las pretensiones de la demanda a las personas físicas varones, por imponerlos los principios de igualdad, coherencia y unidad de doctrina.

SEXTO . - Finalmente, también al amparo del art 193 c) LRJS, se combate el pronunciamiento de la sentencia que absuelve de los pedimentos de la demanda a la empresa CAMPOMAIOR de ÁRIDOS SL, al entender que con esta decisión la sentencia infringe lo dispuesto en los arts 2 y 56 ET en relación con el art 44 del mismo cuerpo legal y los correlativos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, al considerar que existe



una clara sucesión de empresas entre la mencionada y ÁRIDOS CASABLANCA SL, una de las empresas del Grupo Marquez, precisamente la que despidió al trabajador actor.

Frente a ello, la impugnante (precisamente la mercantil COMPAMAIOR de ÁRIDOS SL, que ha sido la única parte demandada que ha presentado escrito de impugnación al recurso de suplicación presentado por la defensa del trabajador) sostiene que no concurren los elementos para entender que ha existido una sucesión de empresas pues ni tiene el mismo objeto social o fin social, ni radica en el mismo domicilio, ni cuenta con los mismos trabajadores y si existe algún administrador común, no está prohibido por Ley alguna ni se ha dirigido al abuso de derecho alguno, ni se admite su presunción. ***En cualquier caso para que se pueda dar la responsabilidad solidaria que se pide en la demanda, tendría que darse una prestación de trabajo indiferenciada, la creación de empresas aparentes sin sustento real y que se hubieran constituido con el fin de defraudar derechos de los trabajadores y, finalmente, el uso abusivo de la personalidad jurídica, requisitos que no se dan. (las negritas y el subrayado es de la impugnación).***

Como antes indicamos, la sentencia sustenta la exención de responsabilidad en (1) el hecho probado SEXTO, que establece que La empresa CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS SL, se constituyó el día 06/11/2014, con posterioridad al despido del actor., y (2) en el último párrafo del fundamento de derecho NOVENO, cuando razona que Por último, procede eximir de responsabilidad a la empresa CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS SL, en la medida que lo único que aparece acreditado es que se constituyó el día 06/11/14, por tanto, con posterioridad al despido del actor, sin que la parte actora haya justificado, más allá de sus meras manifestaciones y conjeturas, un ánimo defraudatorio determinante de su responsabilidad.

Planteado así el debate, con la adición fáctica propuesta y aceptada a instancias de la defensa del trabajador actor y algunos antecedentes no cuestionados obrantes en autos (ambas empresas tienen muy semejante objeto social, la empresa Áridos Casablanca SL se encontraba prácticamente sin actividad cuando procedió al despido el 15/07/2014, el sector de la construcción estaba gravemente afectado por la crisis económica en esa fecha y la empresa COMPAMAIOR DE ÁRIDOS SL no figura inscrita como empresario en el sistema de la Seguridad Social y no tenía asignado código de cuenta de cotización en ningún régimen de la Seguridad Social a fecha 04/09/2015) permite llegar a la Sala a la convicción de que su creación fue un auténtico fraude para perjudicar los derechos del trabajador actor.

En efecto, no tiene sentido que sustentándose la carta de despido de ÁRIDOS CASABLANCA SL en la grave crisis económica que en aquella fecha sufría el sector de la construcción, que produjo que se encontrara prácticamente sin actividad y sin liquidez ni para abonar la indemnización por despido, escasamente tres meses después, el 06/11/2014, decidiera su administrador único (Julio) constituir CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS SL, para dedicarla al mismo objeto social (acreditado por el relato de hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz, de fecha 12/11/2014, que obra al folio 219 de los autos), asumiendo entre ambos (la mercantil 2.970 y Julio 30) la totalidad de sus participaciones, fijando el mismo domicilio social en la carretera BA-020 (Campo Maior) Km 1, resultando, además, que no es inscrita como empresario en el sistema de la Seguridad Social y no tenía asignado código de cuenta de cotización en ningún régimen de la Seguridad Social a fecha 04/09/2015 (Informe de la TGSS que obra al folio 274).

No compartimos, pues, que no se haya acreditado el ánimo defraudatorio con su creación, no siendo los argumentos de la defensa del trabajador meras conjeturas. El recurso debe ser también aceptado en este punto concreto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de su MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

ESTIMAR EN PARTE el recurso de suplicación interpuesto por el letrado JUAN FRANCISCO MONTERO CARBONERO en representación de D. Benjamín contra la sentencia Nº 239/16, de fecha 29/04/2016, dictada por el Juzgado nº 3 de Badajoz en sus autos sobre DESPIDO, RESCISIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD 601/2014, la revocamos en el siguiente aspecto: De las cantidades señaladas en el fallo de la sentencia serán también responsables solidarios la empresa CAMPOMAIOR DE ÁRIDOS SL, y D. Julio, D. David y D. Norberto, rechazando el recurso en todo lo demás.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en



concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N° 1131 0000 66 040317, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra recurso, seguida del código. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 92 0005001274, en el campo observaciones o concepto en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio. La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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