



Roj: **STSJ AND 12275/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:12275**

Id Cendoj: **41091340012018103319**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2018**

Nº de Recurso: **3241/2017**

Nº de Resolución: **3177/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EVA MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO: 3241/17 - E SENTENCIA Nº 3177/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso: 3241/2017 - E

ILTMO/AS. SR/AS. MAGISTRADO/AS:

DON EMILIO PALOMO BALDA

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO

DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

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

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla compuesta por las/el lltmas/o. Sras/r. Magistradas/o citadas/o al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 3177/2018

En el Recurso de Suplicación interpuesto por la Graduado Social D^a. Rocío Cobos Navallas, en representación de D. Ildefonso , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número TRES de los de Jerez de la Frontera; ha sido Ponente la Magistrada, lltma. Sra. DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 453/2016 se presentó demanda por D. Ildefonso , sobre Extinción de Contrato, Despido y Cantidad, contra SETAC S.L., TOO MEETING FACTORY, S.L., SETAC CLIMATIZACIÓN S.L. y FOGASA, se celebró el juicio y se dictó sentencia el 19.4.2017 por el Juzgado de referencia, en la que se estima la demanda, habiéndose dictado auto de aclaración de 7.7.2017.

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

"PRIMERO.- La parte demandante, DON Ildefonso , mayor de edad y con DNI nº NUM000 , viene prestando sus servicios para la demandada TOO MEETING FACTORY S.L, desde el 11/04/03 mediante un contrato de trabajo indefinido a jornada completa siendo la actividad principal de la empresa "Desarrollo y comercio de aplicaciones informáticas y complementos", figurando en su contrato inicial como categoría profesional "operador informático".



SEGUNDO.- Desde Octubre de 2013, presta sus servicios en el Centro de Trabajo sito en Polígono Industrial santa Cruz, nº 21 Nave C de esta localidad.

TERCERO.- En Noviembre de 2013, la empresa multinacional VALEO solicitó a la empresa demandada el desarrollo de un sistema de gestión documental, interesándoseles el proyecto para las 180 fábricas distribuidas por todo el mundo.

CUARTO.- El actor ha desempeñado las siguientes funciones:

Proyecto principal VQMS (Valeo Quality Management System)

Diseño y mantenimiento de la base de datos y de la implantación en las fábricas, migración/carga de datos, mejoras, adaptaciones, soportes y errores

Reuniones telefónicas para atender a cualquier aspecto técnico y planificar soluciones junto con el programador/diseñador D. Mariano

QUINTO.- La empresa TOO MEETING FACTORY S.L, tiene su domicilio social en C/ Ponce nº 2, bajo izquierda de Jerez de la Frontera, siendo su Administrador Solidario D. Julián , y siendo su objeto social "Desarrollo y comercio de aplicaciones informáticas y complementos".

La empresa SETAC S.L tiene su domicilio social en Polígono Industrial Santa Cruz nº 21 Nave C, de Jerez de la Frontera y siendo su objeto social, entre otros, "El diseño, desarrollo, integración, producción, operación, mantenimiento, reparación y comercialización de sistemas, soluciones y productos que hagan uso de las tecnologías de la información (informática, electrónica y comunicaciones).

SEXTO.- TOO MEETING FACTORY S.L, es propietaria de GALENUS PRO, teniendo como finalidad entre otros, proveer de herramientas y programas de gestión al sector médico, siendo su URL de acceso <http://www.galenuspro.com/legal.php> y su dirección de IP es NUM001 .

SETAC tiene como URL de acceso <http://www.setac.es/index.html> siendo su dirección de IP NUM001

SEPTIMO.- D. Mariano intercambió diversos correos electrónicos con el actor, consultando dudas acerca del proyecto VALEO y buscando soluciones conjuntas.

OCTAVO.- Las nóminas del actor de los meses de Agosto de 2014 a Diciembre de 2014, están abonadas mediante cheque bancario por la empresa SETAC S.L así como la de Abril de 2015, abonada mediante transferencia bancaria siendo el ordenante SETAC S.L

NOVENO.- El Convenio Colectivo de aplicación es el XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

DECIMO.- La parte actora no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

UNDECIMO.- Las nóminas del actor se le abonaban aproximadamente entre los días 10-15 del mes.

DUODECIMO.- Con fecha 21/04/2016, el actor acusó recibo de la carta de despido con carácter objetivo derivado de causas económicas, la cual por obrar en las actuaciones se da íntegramente por reproducida, sin que la empresa pusiera a disposición del mismo la indemnización que legalmente le corresponde aduciendo la misma falta de liquidez en la empresa.

DECIMOTERCERO.- Por parte de la Técnico de Gestión Recaudatoria de la Dependencia Regional de Recaudación , sede Delegación de Jerez de la frontera, se certifica que respecto de la empresa TOO MEETING FACTORY S.L el total de la deuda liquidada durante los ejercicios 2014,2015 y 2016 es de 6.229,04 €, y el de la deuda pendiente es de 2.560,44 €

DECIMOCUARTO.- Con fecha 12/05/16 la parte actora formuló papeleta de conciliación ante el CMAC en acciones de Extinción de Contrato y Cantidad, cuyo acto se celebró el día 04/06/16, con el resultado de "sin avenencia.

Y con fecha 09/08/16 formuló demanda ante el Servicio Común de los Juzgados turnada al Juzgado de lo Social Nº 2 de esta ciudad".

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso Recurso de Suplicación por la parte actora, que fue impugnado por las empresas demandadas SETAC S.L., TOO MEETING FACTORY, S.L. y SETAC CLIMATIZACIÓN S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda de extinción de contrato, despido y reclamación de cantidad, por retrasos continuados durante más de un año del pago de los salarios, ser su categoría profesional la de analista programador, y no puesta a disposición de la indemnización, sin acreditar la iliquidez, se alza en Suplicación la parte actora, con su representación Técnica Graduada, al amparo procesal del apartado b) del art. 193 LRJS, para modificar el Hecho Probado 5º, con base en los folios 249 a 252, 288, 291, 352 a 379, 12, 63, 66 y 76, del siguiente tenor: "La empresa TOO MEETING FACTORY, S.L. tiene su domicilio social en C/ Ponce nº2 bajo izquierda de Jerez de la Frontera, siendo su administrador solidario D. Julián y siendo su objeto social -Desarrollo y Comercio de aplicaciones informáticas y complementos-.

La empresa SETAC, S.L, que reconoce conformar grupo empresarial a efectos laborales con SETAC CLIMATIZACIÓN S.L., tiene su domicilio social Polígono Industrial Santa Cruz, nº21 nave C de Jerez de la Frontera, siendo su administrador único D. Julián y su objeto social entre otros -el diseño, desarrollo, integración, producción, operación, mantenimiento, reparación y comercialización de sistemas, soluciones y productos que hagan uso de las tecnologías de la información (informática, electrónica y comunicaciones) y la comercialización y venta de aplicaciones, diseños y desarrollos derivados de las consultorías y gestiones anteriores.-

Existe dirección unitaria, confusión patrimonial y confusión de plantilla. El actor, estando contratado formalmente por TOO MEETING SL ha prestado servicios indistintamente para todas las codemandadas y D. Julián, representante legal de las tres codemandadas, comunicó mediante correo electrónico remitido a Valeo el día 20/06/2015 que SETAC se iba a encargar de los proyectos de desarrollo y los relacionados con GalenusPro, producto propiedad de TooMeeting"; modificar el Hecho Probado 9º, con base en los folios 217 a 248, del siguiente tenor: "El Convenio Colectivo de aplicación es el XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública. En base al citado convenio el salario previsto para un Analista Programador asciende a 2.224,09€ mensuales que desglosado queda del siguiente modo: S. Base 1.539,69€, Antigüedad 4 trienios al 5% 307,94€, Prorrata de pagas extra 273,74€, Plus de Convenio 102,74€"; añadir un Hecho Probado nuevo, el 15, con base en los folios 296 a 349, 3 a 11 y 36 a 38, del siguiente tenor: "La empresa adeuda al actor la cantidad de 20.097,51€ en concepto de diferencias salariales devengadas desde mayo de 2014 hasta el día 21/04/2016" y añadir el Hecho Probado nuevo 16, con base en los folios 103, 104, 118, 135 a 172, 352 a 354, 358, 361 a 366, 369, 372, 374 a 377, 389, 399, 27, 32, 44, 45, 47, 50, 51 y 71 a 75, del siguiente tenor: " Too Meeting Factory S.L. cuenta en su vida laboral con un solo trabajador que es el actor, carece de infraestructura y medios propios y el actor, que presta servicios en el centro de trabajo perteneciente a SETAC, S.L., comparte sus recursos humanos y materiales, formando parte de la organización de SETAC, S.L. Al menos desde 2014 SETAC S.L. es quien mantiene relaciones comerciales la multinacional VALEO, cliente principal de Too Meeting, S.L, siendo quien le emite las facturas y quien recibe importe económico de las mismas, habiendo incluso emitido facturas y percibido su importe de clientes de GalenusPro, producto propiedad de TooMeeting".

Debe recordarse los requisitos generales de toda revisión fáctica. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 450/2017 de fecha 30 de mayo de 2017 (Rco. 283/2016), con cita de la de 19 de diciembre de 2013 (Rco. 37/2013) indica al respecto que:

"Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite (...), es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) *Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos].*
- b) *Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].*
- c) *Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.*
- d) *Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).*

(...) En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones:

(...) b) *pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental (STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y*

c) *la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02-;*



11/11/09 -rco 38/08-; y 20/03/12 -rco 18/11-), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva y adecuada ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93-; ... 06/06/12 -rco 166/11-; y 18/06/13 -rco 108/12-). Y ello sólo acontece en autos parcialmente, pues no cabe la cita genérica de documental, sin especificar dónde se encuentra el error que se alega, siendo la redacción que se propone valorativa y predeterminante del fallo, no literosuficiente, y en contra de los criterios del art. 97.2 LRJS cuya valoración prevalece sobre la propuesta por la parte, no evidenciándose el error que se alega.

SEGUNDO: Y como censura jurídica y al amparo procesal del apartado c) del art. 193 LRJS, se alega, en primer lugar la existencia de grupo de empresas, con infracción del art. 1.2 ET y cita de jurisprudencia, y subsidiariamente, del art. 43 ET, por cesión ilegal, citando jurisprudencia.

El fracaso de los motivos de la revisión fáctica, conlleva el de la censura jurídica, y así, respecto del grupo de empresas, esta Sala, en sentencia de 25.9.2018, Rec 1965/2017, establece: " *Con carácter general, no basta la pertenencia a un grupo de empresas para que se pueda derivar una responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus trabajadores. Por el contrario, en principio, cada empresa tiene su ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son.*" Para que proceda la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, debe concurrir alguno de los siguientes elementos, puestos de manifiesto por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (rcud 172/2014):

1. *El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. Este funcionamiento unitario se pone de manifiesto en la prestación indistinta de trabajo por los trabajadores a favor de varias empresas del grupo, bien de forma simultánea o sucesiva. En los supuestos de prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo, estamos en presencia de una única relación de trabajo, cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores. Y, el grupo es el empleador, de conformidad con el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores .*

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

3. *La unidad de caja. Esta circunstancia hace referencia, -como declara la Sentencia de 22 de octubre de 2014 , a lo que la doctrina científica ha calificado como "promiscuidad en la gestión económica" y que la jurisprudencia considera una situación de "permeabilidad operativa y contable".*

4. *La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de una empresa aparente.*

5. *El uso abusivo o anormal de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores. No obstante lo anterior, habrá que valorar el caso en concreto y, debe tenerse en cuenta que estos requisitos no constituyen una lista cerrada, así como que, basta la concurrencia de uno de ellos, para que opere la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo",* requisitos que no constan en los Hechos Probados.

Y respecto de la petición subsidiaria de cesión ilegal, esta Sala, por todas, sentencia de 30.5.2018, Rec 1519/2017 dispone: "hemos de tener presente, STS de 30.5.2002, Rcu 1945/2001 que " *para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas*".

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2.006 (RJ 2006\5230), declara que: "Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que



se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores ".

La anterior doctrina determina que únicamente se considerará que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando una empresa, cualquiera que sea su entidad económica, limite su actividad a ceder mano de obra a otra empresa, creando una apariencia de relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden, teniendo la cesión ilegal como finalidad que el contrato de trabajo se ajuste a la realidad en la prestación de los servicios y evitar perjuicios para los trabajadores (sentencia de esta Sala, Rec 1356/2017).

Partiendo de tal premisa, de conformidad con el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores "en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario", requisitos que tampoco se acreditan en autos, por lo que a salvo de establecer como cantidad salarial total adeudada la suma de 20.097,51€, el Recurso debe ser estimado parcialmente, revocándose parcialmente la sentencia de instancia, condenando a TOO MEETING FACTORY S.L. a abonar al actor en concepto de salarios, la suma de 20.097,51€ y no de 18.540,63€, más el 10% de mora, manteniendo el resto de pronunciamientos. Sin costas.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Con estimación parcial del Recurso de Suplicación interpuesto por la representación Técnica Graduada de D. Ildefonso frente a la sentencia dictada el 19.4.2017 por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Jerez de la Frontera, en autos sobre Extinción de Contrato, Despido y Cantidad, promovidos por el recurrente contra SETAC S.L., TOO MEETING FACTORY, S.L., SETAC CLIMATIZACIÓN S.L. y FOGASA, debemos revocar parcialmente la sentencia de instancia, condenando a TOO MEETING FACTORY S.L. a abonar al actor en concepto de salarios, la suma de 20.097,51€ y no de 18.540,63€, más el 10% de mora, manteniendo el resto de pronunciamientos. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal 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 Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

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".

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la "**Cuenta de Depósitos y Consignaciones**", **Cuenta-Expediente número 4052-0000-66-3241-17, abierta a favor de esta**



Sala, en el Banco Santander, 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. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se advierte al recurrente no exento que, si recurre, al personarse en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, deberá presentar en su Secretaría resguardo acreditativo de haber efectuado **en esta Sala el depósito de seiscientos euros** en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, Cuenta-Expediente número 4052-0000-35-3241-17, abierta a favor de esta Sala, en el Banco Santander, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, 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.- La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que una vez extendida la anterior sentencia y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes, Doy fe.-