



Roj: **STSJ GAL 9720/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:9720**

Id Cendoj: **15030340012014105637**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2014**

Nº de Recurso: **3082/2014**

Nº de Resolución: **5653/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA ANTONIA REY EIBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO CG

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2013 0002908

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003082 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000964 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: REXORUM SL

Abogado/a: IGNACIO MARTINEZ VAZQUEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FOGASA, GRUPO HERBEN FRANQUICIAS SL , RIGATONI SL , Calixto

Abogado/a : IGNACIO MARTINEZ VAZQUEZ , IGNACIO MARTINEZ VAZQUEZ , ALBERTO POUSADA DUARTE

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

ILMA. SRA. D^a. M^a ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a diecinueve de Noviembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 0003082 /2014, formalizado por REXORUM SL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000964 /2013, seguidos a instancia de D. Calixto frente a FOGASA, REXORUM SL , GRUPO HERBEN FRANQUICIAS SL , RIGATONI SL , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª Mª ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Calixto presentó demanda contra FOGASA, REXORUM SL , GRUPO HERBEN FRANQUICIAS SL , RIGATONI SL , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinticinco de Marzo de dos mil catorce que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.- El demandante D. Calixto , fue contratado por la entidad demandada REXORUM SL, el 8/10/2012, en virtud de un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores para la prestación de servicios como jefe de cocina, en el centro de trabajo ubicado en el centro comercial de As Cancelas, sito en Santiago de Compostela, con una jornada a tiempo completo de 40 horas semanales de lunes a domingo. En el contrato se establece un periodo de prueba de un año (hecho no controvertido). Segundo.- El actor percibía un salario de 1.337,56 incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Tercero.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería (hecho no controvertido). Cuarto.- En fecha 10/09/2013, la empresa Rexorun SL, le notifica al actor escrito de fecha 9/09/2013, comunicándole que el contrato suscrito el 8/10/2012 finaliza el día 9/9/2013, al no haber superado el periodo de prueba como jefe de cocina para el que fue contratado, dándose por terminada la relación laboral a todos los efectos (doc. nº 3 del ramo de prueba de la actora y doc nº 1 y 8 del ramo de prueba de al demandada que se da por reproducido). Quinto.- Consta en autos transferencias efectuada por la demandada GRUPO HERBEN FRANQUICIAS SL, el 7/11/2012 y 13/11/2012 al actor por importe de 273,12 y 139,12 , así mismo el día 9 de cada mes desde noviembre de 2012, constan ingresos de Rexorum SL (doc. n ° 5 del ramo de prueba del actor). Sexto.- Consta en autos cuadro de horario de los trabajadores (doc. nº 7 del ramo de prueba de la actora) donde consta que el actor hacia una media de 45 horas a la semana. Séptimo.- Consta en autos emails remitidos y enviados por el actor con Custodia (&muerdelapasta.com) -doc. 8 del ramo de prueba de la demandante-. Octavo.- Las tres demandadas tienen su domicilio en la CARRETERA000 km NUM000 Castellón de la Plana, siendo sus administradores solidarios, Sebastián y Jesús Luis (doc. nº 9, 10 y 11 del ramo de prueba de la actora) y su objeto social relacionado con la hosteleria, el actor prestó sus servicios profesionales de manera indistinta para unas y otras mercantiles, siendo la misma empresa, que actúan en el tráfico mercantil bajo el nombre comercial de Muerde La Pasta. Noveno.- Durante el año 2012 la empresa REXORUM SL, contaba con menos de 50 trabajadores durante todos los meses salvo el mes de noviembre que alcanzo los 54 y durante el año 2013, nunca llego a los 50 trabajadores. Décimo.- Consta en autos informe de vida laboral las tres entidades demandadas. Undécimo.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. Duodécimo.- El actor instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el 8.10.2013 en virtud de papeleta presentada el 23.9.13 y que finalizó con el resultado de intentada sin efecto.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que ESTIMO la demanda presentada a instancia de D. Calixto , asistido por el Letrado Sr. Pousada Duarte, contra las entidades REXORUM SL, RIGATONI SL, GRUPO HERBEN FRANQUICIAS SL, asistidas y representadas todas ellas por el letrado Sr. Martínez Vázquez y contra FOGASA, que no comparece pese a estar debidamente citada, sobre despido y en consecuencia, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido, con condena de la empresa indicada a que readmita inmediatamente al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación (calculados a razón de 43,97 /día) o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización detallada en el número segundo de este fallo. Dicha opción deberá ejercitarse en 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término, sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión. 2º.- La indemnización según lo dispuesto en el número anterior, sería de 1.451,16 . 3º.- Debo absolver y absuelvo al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en los casos previstos en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y declara la improcedencia del despido del actor, recurre en suplicación la empresa demandada "REXORUM SL", solicitando en primer término con amparo procesal en el art 193,b de la LPL revisión de hechos probados, en concreto del hecho de prueba sexto a fin de que se suprima donde dice "consta que..... "por " donde se manifiesta...".

La revisión no se acepta, pues el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias evidencien por sí mismo el error sufrido en la instancia de manera que, por ello, a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así S TSJ Galicia, 3-3-00, 14-4-00, 12-4-0-02, 22- 10-04, 3-4-05, entre otras). Y en el supuesto de autos, además de que la sustitución que por vía revisoria propone el recurrente tiene un carácter eminentemente valorativo, no cita en apoyo de su pretensión documento o pericia que acredite la redacción que propone, limitándose a realizar una nueva valoración de la prueba tenida en cuenta por la juzgadora de instancia por lo que no procede la revisión solicitada y en consecuencia la derivada de ésta relativo al salario.

A igual conclusión se llega en relación al hecho octavo de prueba a fin de que se sustituya por la expresión "de manera indistinta" por la de "manera sucesiva", así como la expresión "siendo una misma empresa" por la de "siendo diferentes empresas vinculadas solamente por el contrato de la franquicia Muerde la pasta", pues además de tarase de un hecho valorativo no cita tampoco documento ni pericial alguna en apoyo de su pretensión; conclusión asimismo predicable en cuanto a la revisión del hecho de prueba noveno, en la que se remite a título de ejemplo a las nóminas de cuya redacción no se acredita el tenor que propone en el recurso, cuando a mayor abundamiento no se discute en la sentencia de instancia los trabajadores de Rexorum SL sino los trabajadores que componen el grupo de empresas.

SEGUNDO .- Con amparo procesal en el art 193, c de la LRJS denuncia la demandada recurrente infracción del art 85, 1 , 3 de la LRJS , al considerar que existe una variación sustancial del contenido de la demanda ya que el demandante en la misma no hizo mención alguna a la posible existencia de un grupo de empresas y no suplicó medida al respecto, lo que impidió a las empresas demandadas presentar prueba adecuada para acreditar la naturaleza e la vinculación entre las empresas codemandadas.

Pretensión inacogible por cuanto que la recurrente se limita a denunciar la infracción al amparo del art 193, c (infracción jurídica) de la LRJS y no del apartado a) del citado texto procesal solicitado la nulidad de actuaciones ante la hipotética vulneración de las normas procesales que considera que le hubiesen producido indefensión, extremo que a dicha parte le compete. Y, por otra parte tampoco sería de aplicación pues la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando «no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado», Y en el caso que nos ocupa de un examen del contenido del escrito de demanda se observa que la misma va dirigida contra todas las empresas del grupo, las cuales han sido llamadas a la presente litis pudiendo haber comparecido con todos los medios de prueba de que intenten valerse.

TERCERO .- Con idéntico amparo procesal en el art 193, c de la LRJS , denuncia el recurrente infracción de la jurisprudencia que cita en el escrito del recurso en cuanto a la existencia de grupo de empresas. Sostiene el recurrente que las empresa "REXORUM SL", "RIGATON SL" y "Grupo HERBEN" son diferentes empresas con sustento real, que funcionan independientemente con patrimonio y organizaciones diferenciadas y el hecho de que puntualmente se dé el caso de que un trabajador haya trabajado para otra, no constituye una circunstancia suficiente que permita apreciar la confusión de empresas.

La censura jurídica que se denuncia no se admite, en cuanto a la existencia de grupo de empresa, este Tribunal tiene manifestado, entre otras, en resoluciones las de 10/10/2002 (R.4052-02) y de 8/10/2002 (R.4187-02) y más recientemente al resolver los RS 1779-2008 y 158-2010, que el "grupo de empresas", es un



concepto bajo el cual se designa un fenómeno según el que las sociedades o personas físicas que lo integran, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica de la que luego se puede extraer una responsabilidad solidaria de los miembros que integran dicho grupo. Por tanto, lo primero es determinar si existe esa unidad económica y, jurisprudencialmente, se viene declarando que existe un grupo empresarial siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) confusión de plantillas o única plantilla, b) confusión de patrimonio sociales o caja única, c) apariencia externa de unidad empresarial y d) dirección unitaria; este criterio realista, en cuanto a la determinación de la cualidad de empresario, está fundado en los conceptos legales del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, y así se recoge en STS 29 de octubre de 1997 y 26 de enero de 1998, entre otras. Ahora bien, no es suficiente con que exista un grupo empresarial para derivar de ello sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por un miembro del grupo con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales que permitan imponer la solidaridad de sus miembros, por cuanto, de una parte, la responsabilidad solidaria no es presumible (art. 1137 Código Civil), y de otra, los componentes del grupo tienen, en principio, un ámbito de responsabilidad propio, derivado de las personalidades jurídicas independientes que son, es decir, se ha de aplicar, ab initio, el principio general de la independencia y no comunicación de las responsabilidades entre sociedades o personas integradas en un grupo, pero en la búsqueda del empresario real cabe acudir al "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica. Para lograr tal efecto, hace falta un elemento adicional, que la Jurisprudencia ha estimado en la conjunción de alguno de los siguientes datos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (STS. de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987); 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo (STS. 4 de marzo de 1985 (RJ 1985\1270) y 7 de diciembre de 1987); 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (STS. 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio de 1989); 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8583] y 30 de junio de 1993), doctrina recogida, con mayor o menor generalidad, en STS de 3 (RJ 1990\3946) y 4 de mayo de 1990, 29 de octubre de 1997 (RJ 1997\7684), 26 de enero de 1998 (RJ 1998\1062) y 18 de mayo de 1998 (RJ 1998\4657), entre otras, que vienen a insistir en la acreditación de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores para decretar la responsabilidad solidaria del grupo, este criterio ha sido ratificado por la STS de 3 noviembre 2005 y 8 de junio de 2005 que señalan "Es doctrina jurisprudencial reiterada que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo y estos factores han sido sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001 que señalan que estos factores consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales", doctrina que aplicada al presente supuesto implica desestimar el recurso pues a la vista del relato fáctico de la sentencia de instancia resulta que "las tres demandadas tienen su domicilio en la CARRETERA000 NUM000 Castellón de la Plana, siendo sus administradores solidarios, Sebastián y Jesús Luis y su objeto social relacionado con la hostelería. El actor prestó servicios profesionales de manera indistinta para unas y otras mercantiles, siendo la misma empresa, que actúan en el tráfico mercantil bajo el nombre comercial "muerde la pasta".

Lo que lleva a la conclusión de que si bien el actor suscribió un contrato de trabajo con la empresa "REXORUM SL" prestó servicios indistintamente para las empresas codemandadas, que tienen los mismos administradores sociales e idéntico objeto social y el mismo domicilio actuando todas bajo el mismo nombre mercantil "muerde la pasta"; por lo que dicho motivo de recurso ha de ser desestimado.

CUARTO .- Expuesto lo anterior, partiendo de que el art 4 de Real Decreto ley 3/12 que regula las condiciones del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, se refiere a la empresa que tengan menos de 50 trabajadores, y teniendo en cuenta la existencia de grupo de empresa en los términos expuestos, la sala estima la existencia de fraude de ley en la contratación, por cuanto que si bien, al contrario de lo que sucede en otras disposiciones de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945), en las que se hace referencia al número de trabajadores del grupo (p. ej., disposición final cuarta, que modifica la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en la que se regula la aportación al Tesoro Público que deberán efectuar las empresas de que realicen despidos colectivos y que reúnan determinadas condiciones), el artículo 4.1 de la Ley 3/2012 -en el que se regula el contrato indefinido de apoyo a emprendedores- no contiene referencia alguna al número de



trabajadores del grupo al que pertenece la empresa que contrata al trabajador, y si bien como consecuencia de ello podría concluirse que el número de trabajadores de la empresa que contrata bajo la modalidad de apoyo a los emprendedores ha de computarse sin tener en cuenta los trabajadores del grupo de empresas a efectos mercantiles en el que se integra dicha empresa. Más la conclusión ha de ser diferente cuando se trate de un grupo de empresas a efectos laborales como es el caso que nos ocupa, ya que en estos casos habría que computar a todos los trabajadores del mismo, teniendo en cuenta la pacífica jurisprudencia que extiende la responsabilidad y otros efectos entre las diversas empresas del grupo. Una interpretación diversa permitiría la utilización fraudulenta de la modalidad contractual, pensada para iniciativas empresariales de dimensión reducida.

En consecuencia partiendo pues del contrato fraudulento, que así lo acordó la juzgadora de instancia, en el fundamento de derecho quinto al analizar la existencia de grupo de empresas y que determina la declaración del despido del actor como "improcedente" obvia el pronunciamiento relativo a la mención, al no existir denuncia expresa de conformidad con el art 193,c de la LRJS, respecto a las consideraciones que efectúa la demandada recurrente del Auto dictado por el TSJ País Vasco de 21 de enero de 2014, respecto de la posible cuestión de Inconstitucionalidad de la fijación legal de un período de prueba de un año de duración; que a su juicio tendría que acudir el juzgador de instancia de considerarlo inconstitucional, y que se refiere a mismo únicamente de forma referencial, por lo que se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "REXORUM SL contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social Número Tres de Santiago de Compostela de fecha 25 de marzo de 2014, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.