

# Documento TOL7.499.504

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Despido improcedente. Contrato temporal. Readmision del trabajador

Se pretende por la parte actora la declaración de **improcedencia de despido**, por considerar que ostenta la condición de trabajador fijo discontinuo y que no fue llamada en la temporada 2018.

Así se recoge expresamente en la vida laboral de la misma, donde constan los periodos en los que prestó servicios efectivamente y pese a que los primeros contratos celebrados fueran **contrato de trabajo eventual** por circunstancias de la producción.

A la hora de distinguir esta figura contractual del **contrato eventual por circunstancias de la producción**, partiendo de la idea de que los contratos son lo que son y no el nombre que le hayan dado las partes, el tribunal supremo fue consagrando la doctrina plasmada en sentencias de 27. sep.

PROCESAL: Fraude de ley. Desistimiento de la demanda. Capacidad jurídica

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [ANA GOMEZ HERNANGOMEZ](#)

**Origen:** Juzgado de lo Social

**Fecha:** 29/07/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 257/2019

**Número Recurso:** 498/2018

**Numroj:** SJSO 4264:2019

**Ecli:** ES:JSO:2019:4264

**ENCABEZAMIENTO:**

**JDO. DE LO SOCIAL N. 1**

**EIVISSA**

**SENTENCIA: 00257/2019**

-

CALLE GASPAR PUIG N<sup>a</sup>1 BIS

**Tfno:** 971.31.71.81

**Fax:** 971.19.17.00

**Correo Electrónico:**

Equipo/usuario: CAR

**NIG:** 07026 44 4 2018 0000510

Modelo: N02700

## **DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000498 /2018**

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

**DEMANDANTE/S D/ña:** Hilario

**ABOGADO/A:** VÍCTOR MANUEL CORONADO UCERO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**DEMANDADO/S D/ña:** DANCES & ENJOY SL, LOOPHOLE SL , OCTAN IBIZA SL , OCTAN SOLYMAR SL , FONDO DE GARANTIA SALARIAL - FOGASA

**ABOGADO/A:** , , , , LETRADO DE FOGASA

**PROCURADOR:** , , , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , , , ,

### **SENTENCIA**

En Ibiza, a 29 de julio de 2019.

Vistos por mí, Dña. Ana Gómez Hernangómez, Juez Titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, los presentes autos nº **498/2018** , seguidos a instancia de D. Hilario , frente a LOOPHOLE, S.L., DANCES & ENJOY S.L., y el FOGASA en materia de **DESPIDO y reclamación de cantidad** , en los que constan los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en este Juzgado demandada suscrita por la parte actora contra la demandada, en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró le asistían, terminó suplicando que se dictara sentencia declarativa de la improcedencia del despido. La parte actora **desistió** de las demandadas OCTAN SOLIMAR, S.L y OCTAN IBIZA S.L. por escrito remitido a este juzgado previamente al día de la vista.

**SEGUNDO.-** Señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, estos tuvieron lugar el día **24/07/19** compareciendo tan solo la parte actora, no así las demandadas, que se encontraban legalmente citadas.

En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, señalando que la categoría correcta del trabajador era la de Ayudante de camarero en lugar de la que consta en la demanda.

Se practicaron a continuación las pruebas propuestas y admitidas, salvo el interrogatorio de las demandadas, por su incomparecencia. Se dio **por reproducida** la documental obrante en los autos nº 488/18.

En conclusiones, la parte actora sostuvo sus puntos de vista y solicitó de este Juzgado, que se dictase una sentencia de conformidad con sus pretensiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**PRIMERO.-** D. Hilario venía prestando servicios como fijo discontinuo para la empresa DANCES & ENJOY S.L., por subrogación de la empresa LOOPHOLE, S.L., con antigüedad de 20/05/15, con la

categoría de Ayudante de camarero, y salario bruto diario con inclusión de prorrata pagas extras de 47,82 euros (1.454,55 euros brutos mensuales) y un plus transporte de 101,02 euros brutos mensuales.

(contrato, nóminas, vida laboral)

**SEGUNDO** .- Concretamente la parte demandante ha prestado servicios en los periodos que se recogen en su vida laboral, que se da por reproducida, acreditando una antigüedad en la empresa LOOPHOLE, S.L. de 248 días y en la empresa DANCES X ENJOY S.L. de 142 días.

(vida laboral, contrato, ramo prueba demandante)

**TERCERO**.- . La discoteca Sankeys Ibiza se encuentra situada en Carrer les Alzines, 13 de Sant Josep de Sa Talaia de Ibiza, local que ha sido explotado por la entidad LOOPHOLE, S.L. hasta 2016 y por la entidad DANCES & ENJOY S.L. durante la temporada 2017 (sentencia de fecha 18/03/19 ramo prueba parte actora autos 488/18).

**CUARTO**.- En fecha 01/12/16 se emitió factura de electricidad a nombre de la entidad LOOPHOLE, S.L. por el periodo relativo al mes de noviembre de 2016 y en relación a una dirección de suministro correspondiente a Onesimo de Falla-Disco Kiss.P, Carrer les Alzines, 13 de Sant Josep de Sa Talaia de Ibiza. En fecha 01/06/17 se emitió factura de electricidad a nombre de la misma entidad por el periodo relativo al mes de mayo de 2017, con la misma dirección de suministro. (sentencia de fecha 18/03/19 ramo prueba parte actora autos 488/18).

**QUINTO**.- Las entidades LOOPHOLE, S.L. y DANCES & ENJOY S.L. utilizaban el mismo número de cuenta finalizado en 5075 para la realización de transferencias o el pago de recibos (sentencia de fecha 18/03/19 ramo prueba parte actora autos 488/18).

**SEXTO**.- Aparte del actor, al menos 9 trabajadores de la empresa LOOPHOLE, S.L. pasaron a desempeñar servicios para la empresa DANCES & ENJOY S.L. en la temporada 2017. Algunos trabajadores siguieron celebrando contrato con la entidad LOOPHOLE, S.L. en el año 2017, mientras prestaban servicios con los demás contratados por la entidad DANCES & ENJOY S.L. en el mismo local. (sentencia de fecha 18/03/19 ramo prueba parte actora autos 488/18)

**SÉPTIMO**.- La discoteca Sankeys Ibiza abrió en la temporada 2018 en fecha 17/05/18 y permaneció abierta celebrando fiestas durante dicha temporada, al menos hasta el mes de septiembre de 2018. (sentencia de fecha 18/03/19 ramo prueba parte actora autos 488/18).

**OCTAVO**.- Resulta de aplicación el convenio colectivo de Hostelería de Illes Balears (hecho no controvertido).

**NOVENO**.- El demandante no fue llamado por la empresa DANCES & ENJOY S.L. para prestar servicios en la temporada 2018. (no controvertido, documental, vida laboral).

**DÉCIMO**.- Las empresas demandadas LOOPHOLE, S.L. y DANCES & ENJOY S.L. adeudan a día de juicio al actor la cantidad de **2.682 euros brutos** en concepto de salarios, vacaciones y festivos.

(documental, interrogatorio demandadas)

**DÉCIMOPRIMERO**.- La parte actora no ostentaba, ni ostentó durante el último año, la condición de representante unitario o sindicales de los trabajadores.

**DUODÉCIMO**.- Se celebró intento de conciliación con el resultado de sin efecto (doc 1 demanda).

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO**.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97.2 LRJS , se hace constar que los anteriores hechos probados son el resultado de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, que consta debidamente reseñada.

**SEGUNDO.-** Se pretende por la parte actora la declaración de improcedencia de despido, por considerar que ostenta la condición de trabajador fijo discontinuo y que no fue llamada en la temporada 2018.

El art. 91.2 LRJS vigente dispone que la parte demandada que no compareciere al juicio estando debidamente citada, a pesar del apercibimiento que se le hubiere hecho en tal sentido, podrá ser tenida por confesa en la sentencia sobre los hechos que fundan la pretensión de la demanda, siempre que conforme al art. 83.2 LRJS no hubiere alegado justa causa que deba motivar la suspensión del juicio; con lo que se establece una confesión presunta de carácter legal, en que del hecho base de la no comparecencia injustificada se deduce la consecuencia de falta de posibilidad de oponerse con éxito a la pretensión del actor. Presunción en todo caso "iuris tantum" y por lo tanto destruible por los hechos o pruebas que aparezcan en los autos en contrario, de donde se deriva el carácter de mera facultad que se le otorga al Juez y no de obligación que se le impone, que procede ejercitar en el presente caso al no concurrir circunstancias que lo impidan.

Así mismo debe tenerse en cuenta la consolidada doctrina de que la incomparecencia del demandado no exime al actor de probar los hechos en que fundamenta su propia petición (STSS Sala 1ª 18/5/46, 26/6/46, 21/12/55, entre muchas) por aplicación del principio de distribución de la carga de la prueba, contenida con carácter general en el art. 217 LEC, que impone al actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la misma.

En el caso que nos ocupa, ha resultado acreditada la relación laboral que unía a la parte demandante con las empresas codemandadas LOOPHOLE, S.L., DANCES & ENJOY S.L., como fijo discontinuo, al desarrollar trabajos de carácter cíclico y permanente cada temporada. Así se recoge expresamente en la vida laboral de la misma, donde constan los periodos en los que prestó servicios efectivamente y pese a que los primeros contratos celebrados fueran contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción. En efecto, a partir del año 2013 los contratos celebrados lo eran ya con la condición de fijo discontinuo, pero no así los de las temporadas anteriores, por lo que deben considerarse celebrados en fraude de ley y por tanto, indefinido ( art. 15.3 ET )

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la sentencia del TSJ de Illes Balears de 19.03.2009, señaló que *"El art. 15.8 ET, dice que "el contrato por tiempo indefinido de fijos- discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa"*.

*La idea es que en estos contratos no cabe hablar de una obra o servicio determinado o de circunstancias extraordinarias de la producción, sino de la actividad normal de la empresa, aunque estacional y cíclica. Como se declara en la STS 7-7-2003, para apreciar la condición de trabajadores fijos discontinuos ha de acreditarse "el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad"*.

*A la hora de distinguir esta figura contractual del contrato eventual por circunstancias de la producción, partiendo de la idea de que los contratos son lo que son y no el nombre que le hayan dado las partes, el Tribunal Supremo fue consagrando la doctrina plasmada en sentencias de 27.sep.98 y de 26.may.97 de que la distinción entre los contratos eventuales y los contratos para la realización de trabajos fijos de carácter discontinuo reside en la reiteración o no en el tiempo de la necesidad que da lugar a la contratación. De ahí, que exista un contrato fijo de carácter discontinuo cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, mientras que en el contrato eventual la necesidad extraordinaria de trabajo es esporádica e imprevisible, quedando al margen de cualquier secuencia temporal.*

*Esa homogeneidad no es absoluta y el hecho de que en ocasiones, se produzcan desviaciones sobre el período en que se repite esa necesidad de trabajo intermitente y cíclica, obliga a dotar a la contratación fija discontinua de cierta flexibilidad para adaptarse al comienzo y terminación de esa mayor necesidad de mano de obra. Lo decisivo es, se dice en tales sentencias, la reiteración en el tiempo de la necesidad que da lugar a la contratación, aunque no coincida exactamente el principio y final en cada año.*

*Ahora bien, la reiteración para poner de manifiesto que, al margen del "nomen iuris", no estamos ante un contrato temporal sino fijo discontinuo no es necesaria cuando, por ejemplo, temporada tras temporada se reitera la contratación temporal en la empresa, lo que pone de manifiesto la posible existencia de una plantilla fija inferior a la que requieren las actividades normales y permanentes de la empresa STS de 27.sep.98 o no se acredita la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada STS de 1.1.2001 ".*

El Tribunal Supremo en sentencia de 28.06.2007 , declaró, que *"se trata del trabajador contratado para realizar trabajos que tenían el carácter de fijos- discontinuos dentro del volumen total de la empresa y que se repetían año tras año, en fechas no exactamente iguales pero sí dentro de la denominada "temporada de verano", respondiendo por tanto a la definición contenida en el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que a partir de la vigencia de dicho Texto legal o sea desde el contrato inicial hay que calificar a la trabajadora como tal "fija discontinua " mereciendo como tal el reconocimiento del tiempo de servicios prestados, desde que tuvo tal cualidad, para el cálculo de su premio de antigüedad".*

La lícita contratación temporal de trabajadores en cualquiera de las modalidades que contempla y regula el art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores , requiere la efectiva concurrencia del supuesto de hecho a que responde cada tipo de contrato respectivo ( STS 21 septiembre 1993 ). Así el art. 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores dice, al referirse a su duración, que *" el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa "* Y en el RD 2720/98, de 18 diciembre, dictado en desarrollo del mismo, su art. 3 está destinado al "contrato eventual por circunstancias de la producción" En el expresado artículo se señala que *" 1. El contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa (...). 2. El contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifiquen y determinar la duración del mismo (...)"* De no ser así, el contrato queda viciado por fraude de ley y la relación laboral se entiende contraída por tiempo indefinido.

La contratación temporal aparece pues como una excepción al principio de la contratación indefinida, por lo que tan solo es posible en los casos y supuestos legalmente previstos en los que efectivamente concurra alguna de las causas de temporalidad que el legislador contempla para su autorización, de tal manera, que la empresa tan solo puede acudir a este tipo de contratación cuando se den los presupuestos y circunstancias que la modalidad utilizada contempla como causa justificativa de la misma. En caso contrario, de haberse utilizado fórmulas de contratación temporal que no se corresponden con la real y efectiva existencia de la causa de temporalidad que le sirve de fundamento, la consecuencia prevista por el art. 15.3º del mismo cuerpo legal es la de estimar indefinida la relación laboral, cuya extinción a la fecha consignada en el contrato no constituiría por tanto válida y eficaz resolución del vínculo laboral amparada en el art. 49.3º del Estatuto de los Trabajadores , sino, despido del trabajador.

En el caso de autos la demanda debe ser **estimada** (en la medida que luego se dirá) apreciando la fraudulencia por cuanto las empresas codemandadas que aparecen vinculadas en su vida laboral no han acreditado eficazmente la existencia de una causa válida de temporalidad. Ninguna prueba se ha practicado con la finalidad de justificar la temporalidad que dio lugar a los contratos iniciales, sin que la mismas hayan comparecido, y por tanto, a la vista de que se trató de periodos cíclicos, coincidentes con la mayor afluencia de turistas en la isla de Ibiza en al temporada de verano, la antigüedad debe computarse desde la primera contratación lo que comporta que el cese de la relación laboral deba también considerarse como un despido improcedente. Cabe inferir por tanto, de los períodos de prestación de servicios, que el trabajador ahora actor ha venido a cubrir necesidades normales y permanentes de las empresas que se presentan de forma cíclica o periódica.

**TERCERO.-** Pretende la parte demandante que entre las empresas demandadas existía grupo de empresas a efectos laborales y la condena solidaria a las mismas.

La prestación de servicios por el demandante (y otros trabajadores) de forma sucesiva para dos de las demandadas resulta de la sentencia firme dictada el 28/03/2019 por este mismo Juzgado en los autos nº 495/18, donde puede comprobarse que al menos 9 trabajadores de la empresa LOOPHOLE, S.L. pasaron a desempeñar servicios para la empresa DANCES & ENJOY S.L. en la temporada 2017. A ello debe añadirse que los servicios se prestaban en el mismo local, la discoteca Sankeys Ibiza situada en Carrer les Alzines, 13 de Sant Josep, que ambas empresas emitían facturas y realizaban transferencias a través de la misma cuenta corriente y que sin solución de continuidad, los contratos de los trabajadores finalizaban el día previo con LOOPHOLE, S.L. para iniciarse al día siguiente, de inmediato y sin solución de continuidad con la entidad DANCES & ENJOY S.L.. De lo indicado resulta que concurren los requisitos para entender que existe en este caso grupo de empresas a efectos laborales y por ello ambas entidades han de responder solidariamente.

En su sentencia de 20/01/2014 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compila la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la doctrina del grupo de empresas, precisando que en el año 2013, y singularmente en la sentencia del Pleno de 27/05/2013, se han producido algunas precisiones relevantes. La sentencia se pronuncia del siguiente modo:

*"El grupo de empresas, llamado también empresa de grupo, porque realza el fenómeno de una unidad empresarial con pluralidad de empresarios, no ha sido integrado de modo unitario en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no le ha otorgado un régimen jurídico mínimamente homogéneo. - Es así, aunque el art. 42 del Código de Comercio defina la concurrencia de grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, de modo similar a la definición, contenida en el art. 2.1.b de la Directiva 2009/1992, de 30 de junio, que describe funcionalmente al grupo de empresas como aquel complejo empresarial grupal o asociativo formado por una "empresa que ejerce control y las empresas controladas", por cuanto no existe hasta el presente un régimen jurídico capaz de institucionalizar de modo unitario a la empresa con estructura de grupo.*

*El Tribunal Supremo en sentencia de 27-05-2013, rec. 78/2012 ha mantenido que la jurisprudencia tradicional de la Sala parte del principio de que el "grupo de sociedades" es una realidad organizativa en principio lícita; y 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, 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, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades" ( SSTS 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -). - En la misma sentencia subraya que dicha doctrina ha de mantenerse en su primera afirmación -la de que el "grupo" es una organización en principio ajustada a Derecho-; pero que ha de rectificarse en su segundo inciso, el relativo a que el "grupo de empresas a efectos laborales" no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil. "Y ha de ser rectificada, porque el concepto de "grupo de empresas" ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos - mercantil, fiscal, laboral- pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del "grupo" cuando en el mismo concurren los factores adicionales que posteriormente referiremos" .*

*Así pues, la resolución del interrogante pasa por definir cuales son esos factores adicionales que, de acreditarse, comportaría que las empresas codemandadas constituyen un grupo de empresas a efectos laborales.*

*De hecho, la jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa puramente mercantiles, en los que cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades, de los grupos de empresa laborales, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, al entenderse que el empresario real, conforme al artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, es el grupo en su conjunto, por concurrir, además de los requisitos para que exista grupo mercantil, otras circunstancias*

*adicionales. - Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-2012, rec. 351/2012 , ha sintetizado las diferencias entre una y otra modalidad de grupos de empresa, del modo siguiente:*

*"La cuestión ha sido abordada por esta Sala en numerosas sentencias en las que viene manteniendo una constante doctrina. Así, en la sentencia de 8 de junio de 2005, recurso 150/04 , establece: " En el marco de la responsabilidad compartida por los integrantes del grupo, en la aludida sentencia, en la de 21 de diciembre de 2000 (recurso 4383/99 ) y otras posteriores, hemos declarado que para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son.*

*En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo".*

*Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005, recurso 3400/04 señala: "Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo 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, 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 , configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral 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.*

*En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes ( STS 21-12-2000, rec. 4383/1999 ; STS 26-12- 2001, rec. 139/2001 ), o de una dirección comercial común ( STS 30-4- 1999, rec. 4003/1998 ), o de sociedades participadas entre sí ( STS 20-1-2003, rec. 1524/2002 ) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada últimamente en la sentencia de 8 de junio de 2005 " .*

*El mismo criterio han seguido las STS 20-03-2013, rec. 81/2012 ; STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y STS 25-09-2013, rec. 3/2013 , por lo que podemos concluir que la jurisprudencia en la materia está consolidada.*

*La Sala en SAN 10-12-2013, proced. 333/2013 , ha sintetizado la jurisprudencia más reciente sobre grupos de empresa, del modo siguiente: " La STS de 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012 ) razona que "para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son: En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo".*

*Aplica esta doctrina a supuestos de despidos colectivos la STS de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012 ). Esta sentencia reitera la necesidad de que se den los requisitos que antes hemos enunciado y añade que*

*"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 nueve empresas como el que hoy tenemos delante, la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma". En dicha sentencia se confirmó la declaración de nulo del despido efectuado al existir un grupo patológico.*

*Por último, también en materia de despido colectivo, la STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012 ), sostiene que: "Como se recuerda en muchas de las sentencias ya referidas [así, entre otras, la SSTS 26/01/98 -Rec. 2365/97 -; 04/04/02 -Rec. 3045/01 -; 20/01/03 -Rec. 1524/02 -; 03/11/05 -Rec. 3400/04 -; 10/06/08 -Rec. 139/05 -; 25/06/09 Rec. 57/08 ; 21/07/10 - Rec. 2845/09 -; y 12/12/11 -Rec. 32/11 -], para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente -nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquéllas se citan- en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. 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 Ar. 1207- 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 empresa dominante. 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".*

*Del examen de la jurisprudencia y, en especial, de esta última sentencia se extrae la siguiente doctrina:*

*a.- Que la apariencia externa de unidad o la existencia de una dirección unitaria son datos o notas que son propios tanto del grupo patológico como del grupo mercantil, por lo tanto, no puede existir grupo patológico sin ello, pero su concurrencia no supone la necesaria existencia de tal grupo.*

*b.- Que los elementos decisivos son la existencia de confusión patrimonial o unidad de caja y la existencia de prestación laboral indiferenciada de los trabajadores en las empresas que configuran el grupo.*

*c.- Que la prestación de trabajo de forma indiferenciada puede tener una proyección individual o colectiva, en el primer caso hablamos de "prestación de trabajo indistinta" y en el segundo caso de "confusión de plantillas".*



*d.- Que la "confusión patrimonial" no es identificable "en la esfera del capital social", es decir, que por el hecho de que una sociedad sea titular, por ejemplo del 100% del capital de otra, no cabe hablar de confusión patrimonial a los efectos del "grupo patológico"; siendo necesario que existe una unidad de "patrimonio", que tampoco puede derivarse del hecho que existan infraestructuras de utilización común, práctica por cierto, esta última cada vez de uso más frecuente, en la medida que posibilita una disminución de los gastos. Por último, la denominada "caja única" se refiere a la concurrencia de "promiscuidad en la gestión económica", es decir, a la existencia de una "permeabilidad operativa y contable", de forma que las entidades, de hecho, operen con un alto grado de comunicación entre sus patrimonios, lo que puede manifestarse, en la asunción de pagos o deudas entre ellas.*

*e.- Que en todo caso, lo esencial es que a través de los indicados indicios se llegue a la convicción de que existe un uso abusivo o ejercicio anormal del derecho, en beneficio del grupo y en detrimento de los derechos de los trabajadores; existiendo una única empresa real bajo la apariencia del grupo, lo que constituya un fraude de ley, que permite aplicar la doctrina del "levantamiento del velo" - to lift the veil- y considerar al grupo como una única empresa.*

*Se trata de evitar que tras el legítimo uso de formas jurídicas, útiles para el funcionamiento de la economía y, por lo tanto, para el interés general, se realicen conductas abusivas o fraudulentas en detrimento de otros derechos de igual o superior valor. Debe quedar claro que lo esencial es llegar a la convicción de que dicho uso se realiza, en nuestro caso, con el fin de lesionar los derechos de los trabajadores.*

*Desde esta perspectiva debe valorarse la conducta de las empresas integrantes del grupo en su conjunto, sin que la concurrencia puntual de una de las notas indicadas, por sí, pueda llevar automáticamente a la aplicación de la teoría del "grupo patológico". Lejos de ello, debe examinarse cada caso concreto y analizar si, realmente, estamos en un supuesto de abuso o fraude" .*

La doctrina de casación que cita la sentencia transcrita, de marzo, mayo y septiembre de 2013, ha sido de nuevo refrendada en la sentencia del Tribunal Supremo de 13/12/2013 .

En relación con LOOPHOLE, S.L. y DANCES & ENJOY S.L. la prueba practicada rebela con meridiana claridad la concurrencia de las circunstancias de hecho que la jurisprudencia exige para apreciar el grupo de empresas a efectos laborales. La aplicación de tal doctrina, singularmente la que resulta de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo que adecuan la doctrina tradicional a la realidad actual de las organizaciones empresariales complejas, supone aceptar que entre las demandadas indicadas se da la relación patológica que justifica su responsabilidad solidaria. No sólo comparten dirección, domicilio social y estructuras (esos ya no serían elementos determinantes) sino que también se acredita la unidad de caja siendo ambas empresas quienes abonaron además los suministros de electricidad a través de la misma cuenta corriente. Termina por confirmar la confusión el hecho de que ninguna de las dos empresas haya comparecido a juicio para negar los hechos imputados.

Siendo ello así, el trabajador tenía derecho a ser llamado por la empresa DANCES & ENJOY S.L. en la temporada siguiente. Este llamamiento no se produjo por lo que el actor válidamente ejerció su acción de despido al inicio de la temporada 2018, sin que tal acción hubiera caducado. Dicha falta de llamamiento constituye un supuesto de despido tácito y por lo tanto sin cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 53.1 E.T , sin que además se hayan acreditado concurrencias de causas que fundamenten la decisión extintiva, como exige el art. 53.4 ET ., por lo que debe declararse la improcedencia del despido, a tenor de lo establecido en el art. 55.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores (E.T .), en relación con el art. 108 de la LRJS y con los efectos que así mismo disponen el art. 56 del E.T . y el art. 110 de la LRJS .

**CUARTO.-** La declaración de improcedencia ha de producir los efectos previstos en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores . La empresa deberá optar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia entre readmitir al trabajador, o abonar, según la Disposición Transitoria V de la Ley 3/2012 de 6 de julio , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 162/2012, de 7 de julio de 2012), para los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, una indemnización de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses

los períodos de tiempo inferiores a un año, sin que el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

En el acto del juicio se solicitó por la parte demandante que se procediera a la **extinción de la relación laboral** habida cuenta de la imposibilidad de readmisión del trabajador. En su importante sentencia de 27/07/2016 el Tribunal Supremo señaló que la extinción en sentencia en este tipo de supuestos " (...) *requerirá siempre y en todo caso, el cumplimiento de los dos siguientes requisitos : a) que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente **por el trabajador demandante** ; y, b) que en el acto del juicio **se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal** "*.

En autos existen indicios de cese en la actividad de las empresas DANCES & ENJOY S.L. y LOOPHOLE, S.L., ya que consta han sido citadas por edictos y no han comparecido al acto del juicio, así que se procederá a la extinción de la relación laboral vigente entre las partes.

En este caso, partiendo de la antigüedad, categoría y salario acreditados del trabajador, así como haciendo una estimación de los días de prestación de servicios del mismo en las temporadas siguientes a la vista de lo ocurrido en el año 2017, donde prestó servicios efectivos durante 142 días, le corresponde una indemnización por despido de **2.637,27 euros** .

**QUINTO.- Reclamación de cantidad.** La parte actora desistió en el acto de la vista de las dos pretensiones principales, limitando la reclamación a la petición alternativa de la demanda que fijó en 2.682 euros brutos, así como un 30% de interés por mora sobre esas cantidades en aplicación del art. 32 del Convenio de Hostelería .

Conforme al art. 4.2.f) en relación con el art. 29 del Estatuto de los Trabajadores el trabajador tiene como derecho básico la percepción puntual de los salarios pactados o legalmente establecidos, percepción de salarios que constituye la contraprestación fundamental que al empresario corresponde en el contrato de trabajo por los servicios del trabajador y que viene constituido por la totalidad de las percepciones económicas que aquél reciba, en dinero o en especie, al margen de los que tengan la consideración de suplidos por los gastos realizados por el trabajador durante su actividad laboral o de aquellos otros importes indemnizatorios que legalmente correspondan ( art. 26 ET ). Por ello, en el presente caso, acreditándose la existencia de la relación laboral y las circunstancias profesionales por la prueba documental practicada a instancia de la parte actora, así como la falta del abono de las cantidades devengadas por la confesión en que debe tenerse a la demandada, procede estimar la demanda condenando a las mismas.

El salario postulado es conforme con la categoría que resulta de la documental y conforme a Convenio, por lo que el importe de lo adeudado asciende a **2.682 euros brutos** en concepto de salarios, vacaciones y festivos.

A estas cantidades deberá adicionarse el 30% de interés por mora en virtud de lo previsto en el art. 32 del Convenio.

**SEXTO.-** No ha lugar a establecer pronunciamiento alguno respecto del Fondo de Garantía Salarial, dado que su intervención en el proceso responde a lo establecido en el art. 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y ello sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente tiene atribuidas.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo establecido en el art. 191.1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , frente a esta resolución puede formularse recurso de suplicación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente observancia.

#### **FALLO:**

Que **ESTIMANDO** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Hilario frente a LOOPHOLE, S.L., DANCES & ENJOY S.L., y el FOGASA sobre despido y reclamación de cantidad

**DECLARO LA IMPROCEDENCIA** del despido sufrido por el demandante en fecha **11/05/2018** por falta de llamamiento para la temporada 2018 y atendida la imposibilidad de readmisión del trabajador, **declaro EXTINGUIDA la relación laboral** que unía a las partes, condenando a las demandadas LOOPHOLE, S.L. y DANCES & ENJOY S.L. a que **indemnicen, solidariamente**, al demandante en la cantidad de **2.637,27 euros** por causa del despido y le abonen 10.520,40 euros en concepto de salarios de tramitación.

**CONDENO** a LOOPHOLE, S.L., y DANCES & ENJOY S.L., a abonar, solidariamente, la cantidad de **2.682 euros** al demandante, por conceptos salariales, así como un 30% sobre dicha cantidad en concepto de indemnización por mora.

Que **ABSUELVO** al FOGASA de todas las peticiones deducidas en su contra sin perjuicio de las responsabilidades legalmente atribuidas al mismo.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, debiendo anunciar el propósito de entablarlo dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la misma, por conducto de este Juzgado, siguiendo las prescripciones establecidas en los artículos 191 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, siendo indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación, haber consignado en la cuenta nº **0493/0000/61/0498/18** de "depósitos y consignaciones" de este Juzgado de lo Social en la entidad SANTANDER la cantidad objeto de condena, y en la cuenta **0493/0000/65/498/18** la cantidad de 300 €, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito que quedará registrado y depositado en la Oficina Judicial, del que el Secretario expedirá testimonio para su unión a los autos, facilitando el oportuno recibo. En el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos. Asimismo, todo el que, sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación, deberá consignar el depósito para recurrir de 300 euros en la citada cuenta, según lo dispuesto en el art. 229.1a) de la LRJS .

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta del banco Santander **0049/3569/92/0005001274**, IBAN **ES55** y en el campo "BENEFICIARIO" introducir los dígitos de la cuenta expediente, haciendo constar el órga **no** para el cual se ingresa "JUZGADO DE LO SOCIAL IBIZA".

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.