



Roj: **STS 2972/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2972**

Id Cendoj: **28079149912017100038**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/06/2017**

Nº de Recurso: **15/2017**

Nº de Resolución: **527/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11849/2015,**
STS 2972/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de junio de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes en virtud de recurso de Casación interpuesto por el letrado D. Manuel Molina Torralbo, en nombre y representación de D. Antonio Herminio , D. Estanislao Virgilio y D. Octavio Marcial , y por el letrado D. Joaquim Sánchez García en nombre y representación de Canalitzacions Altega SCP, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio , contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 18/2015 seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Antonio Herminio , D. Estanislao Virgilio y D. Octavio Marcial contra CANALIZACIONES DEL GARRAF, S.L., EUROGEOTEC, S.L., TRANSPORTES Y RESIDUOS DEL GARRAF, S.L., ASFALTATS VILANOVA S.L., ALQUILER Y TRANSPORTES ORTEGA, S.L., Jorge Arsenio , Vanesa Monica , Remedios Teodora , Florinda Tomasa , Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Rosalia Zaira y PASCUAL & MARZO ABOGADOS SLP (ADMINISTRADOR CONCURSAL CO-DDA CANALIZACIONES DEL GARRAF, SL), sobre despido colectivo. Ha comparecido como parte recurrida CANALIZACIONES DEL GARRAF, S.L., ALQUILER Y TRANSPORTES ORTEGA, S.L., TRANSPORTES Y RESIDUOS DEL GARRAF, S.L., ASFALTATS VILANOVA S.L., Jorge Arsenio , Vanesa Monica , Remedios Teodora , Florinda Tomasa representados por el letrado D. Luis Bertran García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Antonio Herminio , D. Estanislao Virgilio y D. Octavio Marcial , se planteó demanda de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que:

«se declare NULA decisión extintiva condenando a readmitir en su puesto de trabajo a los trabajadores afectados y/o subsidiariamente NO AJUSTADA A DERECHO, condenando a la empresa CANALIZACIONES DEL GARRAF S.L., a estar y pasar por la anterior declaración, respondiendo solidariamente de tal declaración las demás personas jurídicas y físicas codemandadas».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 15 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que consta el siguiente fallo:



«Que debemos estimar y estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Jorge Arsenio , Vanesa Monica , Remedios Teodora y Florinda Tomasa , y estimando parcialmente la demanda interpuesta por Antonio Herminio , Estanislao Virgilio y Octavio Marcial , debemos declarar y declaramos la nulidad del despido colectivo acordado por la codemandada, CANALIZACIONES DEL GARRAF, S.L., con efectos del día 27 de marzo de 2015, con el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS , declarando la responsabilidad solidaria en sus consecuencias de las empresas ALQUILER Y TRANSPORTES ORTEGA, S.L., TRANSPORTES Y RESIDUOS DEL GARRAF, S.L., ASFALTATS VILANOVA, S.L., y EUROGETEC, S.L., condenando a la codemandada CANALITZACIONES ALTEGA, SCP, y solidariamente a sus socios, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio , como sucesora parcial de las empresas citadas anteriormente, al cumplimiento de sus responsabilidades legales respecto de los trabajadores Adriano Marino , Porfirio Jeronimo , Martin Marcial , Efrain Norberto , Bernabe Hernan , Cornelio Marcelino y Aureliano Torcuato . Sin costas».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO .- Esta Sala al inicio de la declaración de hechos probados da como tal, al ser un hecho conforme reconocido por las codemandadas, Canalizaciones del Garraf, S.L., Alquiler y Transportes Ortega, S.L., Transportes y Residuos del Garraf, S.L., Asfaltats Vilanova, S.L., y Eurogetec, S.L., que todas ellas forman parte de un grupo de empresas mercantil denominado grupo "Ortega", lo que también ha sido declarado probado por la sentencia firme de la Sala núm. 2672/2014, de 8 de abril, no siendo necesario mayor concreción ahora en lo relativo a los titulares de su capital social, quiénes son sus administradores, etc., salvo lo que se declara probado seguidamente.

SEGUNDO .- Por la parte actora en el presente procedimiento, Sres. Antonio Herminio , Estanislao Virgilio y Octavio Marcial , que forman la totalidad del comité de la empresa demandada, Canalizaciones del Garraf, S.L., se presentó el día 1 de abril de 2015 demanda de impugnación de despido colectivo contra dicha empresa, y las empresas, Alquiler y Transportes Ortega, S.L., Transportes y Residuos del Garraf, S.L., Asfaltats Vilanova, S.L., Eurogetec, S.L., y Canalizaciones Altega, SCP, y contra las personas físicas, Jorge Arsenio , Vanesa Monica , Remedios Teodora , Florinda Tomasa , Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , ampliada a Matilde Erica a Marino Desiderio . La demanda se basaba en que el legal representante de Canalizaciones Garraf, S.L., empresa a la que están adscritos los 27 trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo (ERE), procedió a comunicarles el día 17 de febrero de 2015 el inicio del periodo de consultas para la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de trabajo por cese de la actividad, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), celebrándose las consultas correspondientes los días 19 y 25 de febrero, y 2 y 4 de marzo de 2015, con el resultado que es de ver en las actas firmadas al efecto, habiendo sido una de las propuestas empresariales la venta de su maquinaria de la que entendía podría sacar 180.000 euros y con ellos pagar parte de los atrasos salariales existentes, lo que fue rechazado por la representación legal de los trabajadores al no existir garantías efectivas de cobro (hecho conforme entre las partes). Finalizado el periodo preceptivo de consultas, la empresa acordó y notificó el día 5 de marzo de 2015 mediante cartas individualizadas para cada trabajador, el despido colectivo de toda la plantilla basado en causas económicas con efectos del día 25 de marzo de 2015, habiendo permanecido los trabajadores en situación de permiso retribuido a partir del citado día 5 de marzo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) emitió informe en fecha 17 de marzo de 2015 en que se manifiesta que no se observa vulneración del deber de buena fe negociada (folio 751 y 752). En dichas negociaciones consta a los folios 818 y 819 que la empresa Construcciones del Garraf, S.A., forma junto con las otras empresas reseñadas un grupo mercantil, pero no laboral, tal como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 2672/2014 de 8 de abril , ya reseñada.

TERCERO .- La empresa Canalizaciones del Garraf, S.L, a la que están adscritos todos los trabajadores afectados por el ERE, fue constituida el día 6 de mayo de 1985, siendo su actividad económica la de construcción, constituyendo su objeto social toda clase de montajes e instalaciones eléctricas o de fontanería y de distribución de gases líquidos, excavaciones y arrendamiento no financiero de bienes inmuebles. Su capital social está repartido en un 40% de participaciones en poder de Remedios Teodora , otro 40% en poder de Vanesa Monica y otro 20% de Florinda Tomasa , siendo el Sr. Jorge Arsenio y la codemandada Remedios Teodora sus administradores, y el propio Sr. Jorge Arsenio su director financiero y comercial, y la Sra. Raimunda Ruth su directora de RR.HH, estando todos ellos codemandados en este procedimiento (todo lo cual se afirma en el escrito de demanda no impugnado por los codemandados en el acto del juicio, y confirmado por la prueba documental nº 66, presentada por la parte actora, consistente en informe del Registro Mercantil de Barcelona). Esta empresa se halla en la actualidad en Concurso de acreedores, que se sigue en el Juzgado Mercantil núm. 7, de Barcelona, Concurso 489/2015 (folio 1360 de las actuaciones). La situación económica de esta empresa es la que figura en el dictamen pericial emitido por Veronica Zaida , obrante al folio 2556 y siguientes de las actuaciones.



CUARTO .- La empresa codemandada Alquiler y Transportes Ortega, S.L., que forma parte del grupo de empresas "Ortega", no tiene en el momento presente ningún trabajador en su plantilla, hallándose en la actualidad en situación concursal que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, concurso voluntario 545/2015 (documentación obrante en los folios 2635 a 2638 de las actuaciones). Su situación económica es la que figura en el dictamen pericial emitido por Veronica Zaida , obrante al folio 2556 y siguientes de las actuaciones.

QUINTO .- La empresa codemandada Transportes y Residuos del Garraf, S.L., que forma parte del grupo de empresas "Ortega", no tiene trabajadores en su plantilla al menos desde el año 2011 (sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2014), siendo su situación económica la que figura en el dictamen pericial emitido por Veronica Zaida , obrante al folio 2556 y siguientes de las actuaciones.

SEXTO .- La empresa Asfaltats Vilanova, S.L., que forma parte del grupo de empresas "Ortega", no tiene trabajadores en plantilla al menos desde el año 2011, siendo su situación económica la que figura en el dictamen pericial emitido por Veronica Zaida , no habiendo tenido actividad en los últimos cuatro ejercicios (Este hecho se desprende del contenido de nuestra sentencia de 8 de abril de 2014 y del dictamen pericial reseñado).

SÉPTIMO .- La empresa Eurogetec, S.L., que formaba parte del grupo de empresa "Ortega", ha sido disuelta por escritura notarial otorgada en fecha 30 de noviembre de 2012, habiendo sido publicada su extinción en el BORME (Documentos anexos nº 11 al dictamen pericial) de la codemandada Canalizaciones del Garraf, tanto veces reseñado).

OCTAVO .- Varios de los trabajadores incluidos en el ERE han ido pasando a lo largo del tiempo por las distintas empresas del grupo, en particular de la empresa Alquileres y Transportes Ortega, S.L., a Canalizaciones del Garraf, S.L., siendo significativo el caso de los trabajadores, Apolonio Fermin , Javier Nemesio , y Hipolito Gerardo , que pasaron de la primera a la segunda los días 31 de enero y 1 de febrero de 2015, 17 y 16 días antes de la iniciación del ERE, realizando las mismas funciones. (documental vida laboral obrante a partir del folio 1601 y testifical de dichos trabajadores).

NOVENO .- La empresa Canalitzacions Altega, S.C.P., que en principio no forma parte del grupo de empresas "Ortega", fue constituida mediante contrato privado de fecha 18 de febrero de 2015, siendo sus socios fundadores, Matilde Erica , cónyuge del codemandado Lorenzo Pascual , que se incorporó como socio en un 25% una vez hubo capitalizado el desempleo por la extinción de su contrato de trabajo en Canalizaciones del Garraf, S.L., y por Marino Desiderio cónyuge de la codemandada Raimunda Ruth , quien también se incorporó como socia en un 25% una vez hubo capitalizado el desempleo por la extinción de su contrato de trabajo en Canalizaciones del Garraf, S.L. Esta empresa se dedica a la actividad de realización de obra civil y mecánica, construcción de redes para suministros y reparación de las mismas, habiendo iniciado su actividad el día 5 de marzo de 2015, contratando ese mismo día como trabajadores con contrato por tiempo indefinido y a jornada completo a los trabajadores Sres. Cornelio Marcelino , Porfirio Jeronimo , Bernabe Hernan , Martin Marcial , Adriano Marino , Efrain Norberto y Aureliano Torcuato , que en ese momento todavía eran trabajadores de Canalizaciones del Garraf, S.L., ya que estaban en situación de permiso retribuido hasta que se extinguieron sus relaciones laborales el día 23 de marzo de 2015, mediante su inclusión en el ERE aquí recurrido. La nueva empresa contrató en fecha 4 de marzo de 2015 el arrendamiento de una parte de la maquinaria de Canalizaciones del Garraf, S.L., que figura en el folio 2017 de las actuaciones, por un periodo de un mes, por una renta mensual de 5.910 euros, aun cuando en el momento presente opera con otra maquinaria e instalaciones distintas de las de Canalizaciones del Garraf, S.L. La ITSS giró visita de inspección a la empresa el día 26 de marzo de 2015, previa denuncia de los trabajadores ante la Inspección de Guardia, emitiendo informe en fecha 18 de mayo de 2015, documento obrante en los folios 2450 a 2460 de las actuaciones, en que partiendo de la semejanza del objeto social entre ambas, la coincidencia temporal entre el cierre de la primera y el inicio de actividad de la segunda, que siete trabajadores de la primera habían pasado a trabajar en la segunda, siendo los socios y directivos las mismas personas o parientes cercanos, entiende que puede dárse el instituto de la sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , y la responsabilidad en el pago de la deuda generada a la Seguridad Social por Canalizaciones del Garraf, S.L. La empresa Canalitzacions Altega, SCP intentó recurrir dicho informe en vía administrativa lo que fue denegado por la Dirección General de la ITSS al tratarse de un acto de trámite no cualificado.

DÉCIMO .- La codemandada, Raimunda Ruth , socia actual del 25% de Canalitzacions Altega, SCP, es hija de Remedios Teodora y sobrina de Jorge Arsenio , Administradores solidarios de Canalizaciones del Garraf, S.L., de la que formaba parte de su plantilla como directora de recursos humanos, pero dando órdenes e instrucciones a todos los trabajadores que en cada momento tenían las empresas codemandadas, pagando sus nóminas, actuando como representante de las mismas, cobrando el dinero en efectivo que los trabajadores de todas ellas percibían por la recogida y venta de "runa" (escombros) a terceros, de manera que



los trabajadores entendían que era la persona que dirigía el día a día de todas las empresas (hechos que se obtienen en cuanto a parentesco y cargo formal por ser un hecho conforme reconocido por ella misma, y en cuanto a sus funciones reales por la testifical coincidente en este aspecto de los Sres. Enrique Inocencio , Apolonio Fermin , Bernabe Leoncio , Horacio Teofilo , Aureliano Eloy y Porfirio Jeronimo .

UNDÉCIMO .- El codemandado Lorenzo Pascual , socio actualmente del 25% de Canalitzacions Altega, SCP, fue trabajador de Canalizaciones del Garraf, S.L., hasta su inclusión en el despido colectivo. En dicha empresa era el Jefe de Obras y de Producción, haciendo en realidad funciones de Director técnico, dando órdenes e instrucciones a todo el personal del grupo Ortega, de modo que los trabajadores entendían que era la persona que decidía el trabajo que debían realizar diariamente, aunque también hubiera 3 o 4 encargados no principales (hechos que se prueban respecto a su categoría profesional por ser conforme, y en cuanto a sus funciones reales por la testifical coincidente en este aspecto por los testigos reseñados en el hecho anterior).

DUODÉCIMO.- En el transcurso del juicio oral se ha hablado en repetidas ocasiones por la parte demandada y por varios testigos de la existencia de una tercera empresa denominada "Vilarrás", no codemandada en el presente procedimiento, constituida unos dos meses después del despido colectivo producido en Canalizaciones del Garraf, S.L., que se dedica a la misma actividad de conducciones de redes y que está formada por 7 u 8 antiguos trabajadores de Canalizaciones, utilizando maquinaria que no procede de esta. (Este hecho se desprende de la contestación a la demanda por parte de la codemandada, Canalitzacions Altega, SCP, y la testifical de Enrique Inocencio).

DECIMOTERCERO .- En cuanto a la situación económica en que se hallan las empresas que forman parte del grupo Ortega, y que en su caso justificaría el ERE, esta Sala hace suyos los datos contenidos en el dictamen pericial emitido por Veronica Zaida , obrante al folio 2556 y siguiente de las actuaciones, dado su carácter exhaustivo y su apariencia de imparcialidad».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D. Antonio Herminio , D. Estanislao Virgilio y D. Octavio Marcial y por la representación de Canalitzacions Altega SCP, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio . La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso. Con fecha 26 de enero de 2017 se admitió el presente recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 17 de mayo de 2017, acto que fue suspendido por providencia de la misma fecha, señalándose para nueva votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 14 de junio de 2017, en el que se llevó a efecto, acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer, al anunciar el anterior designado, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la representación letrada de los representantes de los trabajadores y por la representación letrada de Canalizaciones Altega SCP y sus partícipes (D^a Raimunda Ruth , D. Lorenzo Pascual , D^a Matilde Erica y D. Marino Desiderio) se han formalizado sendos recursos de casación ordinaria contra la sentencia nº 39 de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 15 de diciembre de 2015 en el proceso de despido colectivo nº 18/2015 que declaró la nulidad del despido acordado por la codemandada, CANALIZACIONES DEL GARRAF, S.L., reconociendo el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, declarando la responsabilidad solidaria en sus consecuencias de las empresas ALQUILER Y TRANSPORTES ORTEGA, S.L., TRANSPORTES Y RESIDUOS DEL GARRAF, S.L., ASFALTATS VILANOVA, S.L., y EUROGETEC, S.L., condenando a la codemandada CANALITZACIONS ALTEGA, SCP, y solidariamente a sus socios, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio , como sucesora parcial de las empresas citadas anteriormente, al cumplimiento de sus responsabilidades legales respecto de los trabajadores Adriano Marino , Porfirio Jeronimo , Martin Marcial , Efrain Norberto , Bernabe Hernan , Cornelio Marcelino y Aureliano Torcuato .

2.- Para una mejor comprensión y resolución de los recursos conviene poner de relieve las siguientes circunstancias que derivan de la sentencia recurrida:

a) La empresa Canalizaciones Garraf SL, integrada en el grupo mercantil llamado Grupo Ortega (formado por ella y por Alquiler y Transportes Ortega SL, Transportes y Residuos del Garraf SL, Asfaltats Vilanova SL y Eurogetec SL) inició un periodo de consultas para el despido colectivo de sus 27 empleados que finalizó sin acuerdo el 5 de marzo de 2015, fecha en la que la empresa acordó la rescisión de todos los contratos y empezó a enviar cartas de despido a toda la plantilla por causas económicas con efectos del siguiente día 25 de marzo dándoles a los afectados permiso retribuido hasta ese día.



b) Contra la anterior decisión presentó demanda de impugnación del despido colectivo el Comité de Empresa quien pidió que se declarara nula la decisión extintiva, subsidiariamente no ajustada a derecho y que se condenara a estar y pasar por esa declaración y por sus consecuencias a todas las empresas del Grupo Ortega, así como a Canalizaciones Altega Sociedad Civil Particular (SCP) y a las personas físicas codemandadas que tenían en común ser socios partícipes o administradores de las sociedades mercantiles del grupo y de la SCP.

c) La SCP fue constituida en documento privado de 18 de febrero de 2015 a partes iguales por cuatro socios, de los que dos de ellos aportaron al efecto el importe de la capitalización de su prestación por desempleo (derivada de la extinción de sus contratos con la empresa cabecera del Grupo Construcciones El Garraf, S.L.) y los otros eran sus consortes, habiendo desempeñado los primeros cargos de dirección en el grupo. La SCP, dedicada a obra civil y mecánica y a construcción de redes para suministros, inició su actividad el 5 de marzo de 2015 y empleó para el desarrollo de la misma a 7 trabajadores de la plantilla de Construcciones el Garraf, S.L., lo que se produjo el mismo día del inicio de actividades, es decir, veintiún días antes de los efectos del despido colectivo.

d) Esta nueva empresa -la SCP- contrató en fecha 4 de marzo de 2015 (esto es, con anterioridad a la fecha de efectos del despido colectivo y durante las consultas del mismo) el arrendamiento de una parte de la maquinaria de Canalizaciones del Garraf, S.L., que figura en el folio 2017 de las actuaciones, por un periodo de un mes, por una renta mensual de 5.910 euros, aun cuando en el momento del juicio operaba con otra maquinaria e instalaciones distintas de las de Canalizaciones del Garraf, S.L.

e) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita de inspección a la empresa el día 26 de marzo de 2015, previa denuncia de los trabajadores ante la Inspección de Guardia, emitiendo informe en fecha 18 de mayo de 2015, documento obrante en los folios 2450 a 2460 de las actuaciones, en que partiendo de la semejanza del objeto social entre ambas, la coincidencia temporal entre el cierre de la primera y el inicio de actividad de la segunda, que siete trabajadores de la primera habían pasado a trabajar en la segunda, siendo los socios y directivos las mismas personas o parientes cercanos, entendió que podía darse el instituto de la sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y la responsabilidad en el pago de la deuda generada a la Seguridad Social por Canalizaciones del Garraf, S.L.

f) La codemandada, Raimunda Ruth, socia del 25% de Canalitzacions Altega, SCP, es hija de Remedios Teodora y sobrina de Jorge Arsenio, Administradores solidarios de Canalizaciones del Garraf, S.L., de la que formaba parte de su plantilla como directora de recursos humanos, pero dando órdenes e instrucciones a todos los trabajadores que en cada momento tenían las empresas codemandadas, pagando sus nóminas, actuando como representante de las mismas.

g) El codemandado Lorenzo Pascual, socio del 25% de Canalitzacions Altega, SCP, fue trabajador de Canalizaciones del Garraf, S.L., hasta su inclusión en el despido colectivo. En dicha empresa era el Jefe de Obras y de Producción, haciendo en realidad funciones de Director técnico, dando órdenes e instrucciones a todo el personal del grupo Ortega, de modo que los trabajadores entendían que era la persona que decidía el trabajo que debían realizar diariamente, aunque también hubiera 3 o 4 encargados no principales.

3.- Sobre la base de los hechos transcritos y de otros que figuran en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia adoptó los siguientes pronunciamientos:

a) La nulidad del despido colectivo que se fundamentó en la existencia de un Grupo de Empresas patológico cuya realidad, aunque reconocida, no había sido tenida presente durante la negociación del despido, lo que había impedido la participación de todas las empresas del Grupo y el conocimiento de sus cuentas, lo que, en definitiva, abocaba a la convicción de que no se había seguido materialmente el período de consultas exigido por la ley. Por ello condenó solidariamente a las consecuencias de la declaración de nulidad a todas las empresas del grupo, absolviendo expresamente -por falta de legitimación pasiva- a los también demandados administradores sociales de las empresas integrantes del grupo.

b) Respecto de la codemandada CANALITZACIONES ALTEGA, SCP y sus socios, la condena se limitó a las consecuencias de la declaración de nulidad de los despidos respecto de los siete trabajadores que contrató y que provenían de la plantilla de Construcciones el Garraf, S.L.

El fundamento del anterior pronunciamiento, lo justificó la Sala, por un lado, en que el hecho de que "También puede dar lugar a la existencia de un grupo de empresas con responsabilidad laboral en la vertiente de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de una empresa aparente para diluir la responsabilidad, como es el caso de Canalizaciones Altega SCP el día 18 de febrero de 2015, día siguiente a la presentación del ERE por parte de Canalizaciones del Garraf, S.L., constituida por dos directivos de ésta y contratando el día 5 de marzo de 2015 a 7 de los 27 trabajadores de Canalizaciones del Garraf, S.L., quienes todavía tenían vigentes sus contratos de trabajo por cuanto no se extinguieron hasta el siguiente día 23 de



marzo de 2015" y, por otro, que "se está ante la creación indiciariamente fraudulenta de una nueva empresa, formada por los dos directivos más importantes de Canalizaciones del Garraf, S.L., y que ha contratado como trabajadores por cuenta ajena, por tiempo indefinido y a jornada completa, a 7 de los trabajadores de aquella, sumando un total de 9, y que empezaron su actividad sin solución de continuidad el día 5 de marzo de 2015 cuando todos ellos continuaban siendo trabajadores de Canalizaciones, con maquinaria arrendada de la última".

Por último, la Sala de Cataluña, tras considerar aplicable la doctrina contenida en la STS de 18 de febrero de 2014 -Rec. 108/2013 - con la declaración de responsabilidad tanto de la transmitente como de la sucesora, justifica la limitación de la condena a los siete trabajadores reseñados en la existencia "de la particular en el caso que aquí se examina de que no consta que haya habido finalmente transmisión de bienes materiales, salvo el arrendamiento temporal de una parte de la maquinaria, y de que al número total de trabajadores a los que afecta es de 9 (7 más 2 ex directivos de Canalizaciones del Garraf, S.L.) sobre un total de 27, lo que supone 1/3 de toda la plantilla, por lo que su responsabilidad, dado que en esta sentencia se declara el ERE nulo con la consecuencia fijada en el artículo 124.1 de la LRJS consistente en "el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley ", y que tal derecho a la reincorporación al puesto de trabajo se concreta en la empresa Canalizaciones del Garraf, S.L., y no en ninguna otra del grupo sin perjuicio de su responsabilidad patrimonial solidaria, supone la condena de Canalizacions Altega, SCP a las responsabilidades que se puedan derivar respecto de los siete trabajadores que contrató que se reseñan en el hecho declarado probado noveno".

SEGUNDO.- 1.- Como se avanzó, dos son los recursos de casación formulados contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2015 . El primero de ellos formulado por el Comité de Empresa pretende que la condena se extienda a los administradores sociales del Grupo y a la SCP y sus socios íntegramente contiene once motivos: los diez primeros, al amparo del apartado d) del artículo 207 LRJS pretenden la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida (Ahora bien, en realidad sólo hay nueve motivos de revisión fáctica, porque el recurrente omite el sexto); y, el último, formulado al amparo del apartado e) del artículo 207 LRJS denuncia infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

El segundo de los recursos es el formulado por la representación de la SCP y de sus socios y se dirige a conseguir que se absuelva a la SCP y a sus socios por no haber existido sucesión de empresa. Se articula a través de cinco motivos. Los cuatro primeros, al amparo del apartado d) del artículo 207 LRJS pretenden la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida; y, el quinto, con fundamento en el apartado e) del artículo 207 LRJS denuncia infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

Los respectivos recursos han sido impugnados de contrario, siéndolo, además, el recurso del comité de empresa por la representación letrada de las mercantiles que conforman el grupo de empresas. El Ministerio Fiscal ha informado en el sentido de que procede la desestimación del recurso del Comité de Empresa y la estimación del recurso de la SCP y sus socios respecto de la infracción jurídica denunciada.

2.- Conviene, antes de entrar a resolver los distintos motivos planteados en los recursos avanzar la estructura de nuestra sentencia. Para dar una completa solución a lo que plantean ambos recursos, se impone que la Sala aborde, en primer lugar, todos los motivos de ambos recursos que postulan la revisión de los hechos probados, en la medida en que una eventual estimación de los mismos podría condicionar la respuesta a los motivos de infracción jurídica. Seguidamente se analizará el motivo quinto del recurso de la SCP y sus socios puesto que, de estimarse y absolver por tanto a tales recurrentes, condicionaría el análisis del motivo undécimo del recurso de los trabajadores. Por último se examinará y dará respuesta a éste último motivo del recurso del Comité de Empresa.

TERCERO.- 1.- Antes de entrar en el análisis concreto de cada una de las modificaciones fácticas postuladas por los recurrentes, conviene recordar la doctrina de la Sala sobre la revisión de los hechos declarados probados que se contiene, entre otras, en nuestra sentencia de 18 de mayo de 2016 (Rec. 108/2015) donde se sientan criterios doctrinales que, recogiendo jurisprudencia anterior, se han reiterado en otras sentencias posteriores, como las de 25 de octubre de 2016 (Rec. 129/2015), 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016). Tales criterios pueden resumirse de la siguiente forma:

A) En SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de



la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes". El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

B) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. 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.

C) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incontestable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

D) La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90, o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar *"de manera directa y evidente la equivocación del juzgador"* pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha *"por otros elementos probatorios unidos al proceso"* (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

E) No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos



de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas)».

2.- El recurso del comité de empresa dedica nueve motivos a la revisión de los hechos declarados probados, motivos que deben ser desestimados en aplicación de la transcrita doctrina de la Sala por las razones que se exponen seguidamente.

El primero por su falta de trascendencia para el fallo. En efecto, aparte que yerra el recurso al proponer la rectificación en el hecho tercero los porcentajes que en el capital social corresponden a cada socio de Canalizaciones Garraf SL, resulta que la subsanación del error material de la sentencia y del que comete la recurrente carecen de trascendencia para el fallo, ya que, la inclusión de los diferentes porcentajes que corresponden a los distintos socios no implican ni una variación sustancial en el control de la sociedad, ni una modificación de las razones dadas para estimar la falta de legitimación pasiva de los socios, por lo que una eventual estimación del motivo en nada afectaría al fallo de la sentencia.

El segundo, relativo al hecho probado cuarto, por la misma falta de trascendencia que supone reseñar el objeto social de la empresa Alquiler y Transportes Ortega SL, el reparto de su capital social y el nombre de los administradores sociales y gerentes, máxime cuando ya consta que esa empresa se encuentra inactiva, sin empleados y en concurso de acreedores, y cuando en otros lugares la sentencia recurrida ya reconoce que forma parte del Grupo y que existen vínculos familiares entre los socios y gestores, razón por la que la modificación propuesta no resulta relevante para la solución que finalmente se pueda dar porque ninguna incidencia pudo tener en la conformación del fallo.

El tercero que interesa la modificación del ordinal quinto de los hechos probados en sentido similar a los anteriores motivos, pero con relación a la empresa Transportes y Residuos Garraf SL se desestima, al igual, por su falta de trascendencia por las razones antes dichas, máxime cuando se acepta que esta empresa, al menos desde 2011 no tenía empleados, ni actividad productiva.

El cuarto se desestima por ser irrelevante la modificación interesada del ordinal sexto por las mismas razones que el motivo anterior, pues se trata de una empresa sin trabajadores y sin actividad productiva desde 2011, al menos.

El quinto que pretende la adición de un nuevo ordinal, el decimocuarto, realmente, se funda en un informe pericial, prueba que no es útil a estos efectos, conforme establece el art. 207-d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS).

El sexto motivo (titulado séptimo en el recurso) solicita la adición de un nuevo ordinal, el decimoquinto, para que se incorpore el hecho de que el 2 de mayo de 2002 se produjo un contrato de arrendamiento financiero entre la empresa Transportes y Residuos Garraf SL con una empresa de *leasign* , contrato que fue afianzado por los administradores sociales. La revisión se fundamenta por el recurrente en que tal contrato demostraría confusión del patrimonio de los administradores y de la empresa administrada. Tampoco la modificación pretendida puede tener ninguna trascendencia en orden a la modificación del fallo, pues a falta de otros datos que no constan no parece sensato deducir una confusión patrimonial por el hecho de que los socios administradores de una sociedad hubieran avalado una operación mercantil de arrendamiento financiero nueve años antes del cierre de la empresa, por lo que nada variaría el sentido del fallo con tal incorporación fáctica.

El séptimo (titulado octavo) se rechaza por las mismas razones que el anterior; porque se trata de ampliación del tiempo de duración del contrato de leasing (arrendamiento financiero) y los administradores intervinientes lo hacen en concepto de tales y como fiadores personales.

El octavo (titulado noveno) para que se adicione un nuevo ordinal al relato impugnado, el decimoséptimo, en el que se incorpore lo relativo a un contrato de arrendamiento de una nave por parte Transportes y Residuos del Garraf SL a Canalizaciones del Garraf SL el 1 de enero de 2014. Debe rechazarse la adición interesada por su falta de trascendencia para el fallo, por cuanto consta que fue una operación entre dos empresas del grupo cuya confusión patrimonial es aceptada y no se ve alterada por los pagos del alquiler, pago que es irrelevante a estos efectos, en la medida en que ambas empresas han sido condenadas solidariamente como integrantes de un grupo, cuya condena no se discute en este recurso.

El noveno (titulado décimo) pretende la revisión del ordinal noveno de los hechos declarados probados, para que se hagan ciertas adiciones, relativas a la concreción de la maquinaria arrendada, fechas del arrendamiento y que este duró dos meses. Se rechaza porque nada nuevo aporta, pues ratifica lo dicho en el ordinal impugnado y en el fundamento cuarto de la sentencia, donde se dice que no consta que haya habido transmisión de bienes materiales, salvo arrendamiento temporal de una parte de la maquinaria.



3.- La solicitud de revisión fáctica que incorpora el recurso de la SCP y sus socios se articula a través de cinco motivos que deben ser examinados a tenor de su contenido y de las previsiones generales sobre la revisión de hechos que se han realizado en el apartado uno de este fundamento de derecho. De ello se deriva lo siguiente:

El motivo primero pretende la modificación del hecho probado noveno en el que pretende realizar tres añadidos diferentes: a) uno relativo a que se especifique que la SCP inició su actividad en una determinada nave industrial con su dirección completa con el fundamento de que la SCP nunca utilizó instalaciones de Construcciones el Garraf SL. Debe desestimarse tal adición porque ninguna trascendencia tiene para el fallo (trascendencia que el recurrente no argumenta) habida cuenta de que en ningún momento nadie alegó lo contrario ni la sentencia basa su condena en tal circunstancia. b) Se pretende también que figure que el ERE afectó a 30 trabajadores, lo que también se desestima puesto que indirectamente ya consta en la sentencia que refiere que la SCP contrato a siete trabajadores que sumados a los dos socios suponían un tercio de la plantilla de Construcciones el Garraf. Y c) Pretende, también, que en el mencionado hecho probado conste que la mayor parte de la maquinaria de Construcciones el Garraf fue vendida durante el mes de abril a terceras empresas, lo que tampoco resulta relevante para el fallo en la medida en que la sentencia, en el propio hecho probado noveno, ya reconoce expresamente que la SCP alquiló la maquinaria durante el período de un mes.

El segundo de los motivos está orientado a solicitar la modificación del hecho probado duodécimo al que deberían añadirse diversas precisiones especificando que la sociedad SCP Vila-Ras se constituyó ocho días después de los despidos e inició su actividad el 2 de abril de 2015, cual consta en el documento que se cita. Tales adiciones también deben ser rechazadas por resultar absolutamente intrascendentes para la modificación del fallo. Habida cuenta de que tal empresa citada no fue parte en el proceso y que las modificaciones pretendidas ya figuran en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida en donde se cita textualmente "la creación al cabo de dos meses de la empresa que en este pleito se la conoce como "Vilarrás", formada por 7 u 8 trabajadores de Canalizaciones del Garraf, S.L., que no eran socios ni directivos de ésta, ni utilizaron ningún tipo de herramientas o materiales suyas", lo que evidencia que ya se tuvo en cuenta por la sentencia recurrida.

En el tercer motivo se pretende la adición de un nuevo ordinal, el decimocuarto relatando la relación de los recurrentes con la sociedad Canalizaciones Garraf, las deudas que tenía con ellos y que la SCP se constituyó con el importe de la capitalización de las prestaciones por desempleo que les correspondía se rechaza por intrascendente, ya que, se trata de matizar datos que ya constan en la declaración de hechos probados, sin que conste que la deuda salarial que se aduce subsistiera con posterioridad al documento que la reconoce.

La última modificación interesada en el cuarto motivo propugna la adición de un nuevo hecho probado, que sería el decimoquinto, en el que se dé cuenta del objeto social de la SCP y que se diga que el objeto social no coincide con el de la mercantil Construcciones el Garraf, como tampoco coinciden los clientes y que se diga, también, cual fue el problema económico de construcciones el Garraf. Debe desestimarse porque el objeto social ya consta en el ordinal noveno de los hechos probados y porque el resto de adiciones no son únicamente hechos sino datos acompañados de valoraciones que resultan incompatibles en la resultancia fáctica, resultando, además, que los documentos alegados como fundamentos de la adición pretendida no evidencia ni equivocación del juzgador ni los añadidos que la recurrente pretende introducir.

CUARTO.- 1.- El recurso de la SCP y sus socios, en el único motivo destinado al examen del derecho aplicado denuncia infracción del artículo 44 ET , en relación al artículo 1 a) de la Directiva 2001/23 de fecha 12 de marzo del Consejo de Europa y de la jurisprudencia existente en materia de sucesión de empresa. Sostiene la recurrente que no ha existido sucesión de empresa, ni total, ni parcial, por lo que no cabe su condena en la medida en que lo único que consta acreditado es que la SCP utilizó parte de la maquinaria de construcciones Garraf, SL mediante un contrato de alquiler de carácter temporal de una duración escasa, lo que implica que ni hubo transmisión de elementos patrimoniales ni de personal ni de clientela lo que impide que se aplique el artículo 44 ET .

La sentencia recurrida funda su resolución condenatoria a la SCP y a sus socios en la convicción de que tal sociedad civil particular se creó fraudulentamente con el fin de eludir las normas que regulan la sucesión de empresas, conclusión que extrae de los indicios de fraude existentes, tales como vinculación de los socios de la SCP a la antigua empleadora, contratación de parte de los empleados de la anterior empresa, objeto social similar y actividad desempeñada, entre otros, indicios que la llevan a concluir que la SCP se creó para continuar con parte de la actividad de Canalizaciones del Garraf SL, razón por la que condena a la SL frente a todos los trabajadores que despidió y a la SCP y sus socios, como sucesores de la misma, con relación sólo a los siete trabajadores de aquella que contrató y empleó en un sector de su actividad.

2.- Inalterados los hechos probados de la sentencia recurrida, de los mismos resulta evidente que en plena tramitación del despido colectivo que tenía por objeto el cierre de la empresa principal y la extinción de



todos los contratos de trabajo (Canalizaciones el Garraf, SL) y antes de que se hicieran efectivos los citados despidos, por parte de los cónyuges de dos de los socios de dicha empresa se creó la Sociedad Civil Particular Canalizaciones Altega, a la que más tarde se incorporaron los cónyuges socios mediante la capitalización de su prestación de desempleo. Dicha SCP antes, incluso, de que se resolviera el despido colectivo contrató -mediante contratos indefinidos a jornada completa- a siete trabajadores que aún mantenían vínculo laboral con Canalizaciones El Garraf SL, pues estaban en situación de permiso retribuido. La nueva empresa comenzó sus actividades sin solución de continuidad a partir de su constitución con parte de la maquinaria de la empresa anterior con la que suscribió un contrato de arrendamiento temporal por período de un mes y utilizando -como se ha indicado- el trabajo de varios trabajadores de la empresa anterior que, aunque materialmente prestaron servicios para la nueva empresa, durante dieciocho días pertenecieron formalmente a ambas empresas. Toda esta serie de circunstancias, ampliamente descritas en los hechos probados, junto con la incontestable semejanza de los objetos sociales, conforman -a juicio de la Sala- una situación en la que por dos de los socios y sus cónyuges de la empresa que cerró, decidieron la creación de una nueva empresa con el propósito de continuar parte de la actividad de la empresa anterior para eludir, precisamente, las obligaciones que se derivan del artículo 44 ET ; lo que constituye una situación de fraude. Conclusión a la que se llega teniendo en cuenta la doctrina unificada por esta Sala en STS de 12 de mayo de 2009, rcud. 2497/2008 , entre otras, en la que partiendo del principio básico de que el fraude no se presume sino que ha de probarse en cada caso, acepta, sin embargo, que pueda estimarse acreditado el fraude no solo sobre pruebas directas sino también sobre la prueba de presunciones, y en este sentido se afirma que la expresión no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS de 29 de marzo de 1993, rec. 795/92 , reproducida -entre otras, por las SSTS de 24 de febrero de 2003, rec. 4369/01 ; de 30 de junio de 2003, rcud 53/05 y de 18 de febrero de 2014, rec. 108/2013 ; entre otras).

En consecuencia, la solución adoptada por la sentencia recurrida en punto a la condena de la Sociedad Civil Particular Canalizaciones Altega y de sus socios fue ajustada a derecho por lo que, en este punto, se impone su confirmación y la desestimación del recurso examinado.

QUINTO.- 1.- El único motivo del recurso de los representantes de los trabajadores dedicado al examen del derecho aplicado denuncia que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 44 ET , en concordancia con el artículo 7.1 CC y en relación a la Directiva 2001/23 del Consejo de Europa de 12 de marzo de 2000, así como de la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa. Aunque en el suplico del recurso insiste en que debe revocarse la sentencia y ampliar la condena a las personas físicas que eran los administradores sociales de las empresas que conformaban el grupo de empresas de Construcciones el Garraf, tal petición no se razona en el recurso en donde no se esgrime ni un sólo argumento en defensa de tal petición, por lo que, lógicamente, la misma habrá de ser desestimada. En cambio, la recurrente reconoce que el objeto de su recurso se anuda a la cuarta causa *petendi* esgrimida por la demandante, que la sentencia sólo estimó parcialmente y que está referida a la condena de la SCP y sus socios. En la medida en que la sentencia recurrida sólo admitió tal condena respecto de siete de los trabajadores de las plantilla -precisamente los que contrató la SCP durante la tramitación del despido colectivo- el recurso, en el motivo que examinamos, postula que la condena "tiene que abarcar a todos los trabajadores afectados por el despido colectivo impugnado".

Para el comité de empresa recurrente, la sentencia debió entender que, durante la tramitación del despido colectivo, mediante la creación de una nueva empresa que se hizo cargo de parte de la actividad de la empresa anterior, de alguno de sus trabajadores y de parte de la maquinaria durante un tiempo limitado, se produjo una sucesión de empresa a la que hay que aplicar los efectos previstos en el artículo 44 ET (responsabilidad solidaria de cedente y cesionario) respecto de todos los trabajadores.

2.- Para la adecuada solución al recurso conviene poner de relieve que para la sentencia recurrida, en apreciación que esta Sala comparte plenamente tal como se ha explicado en el fundamento anterior, la creación de la SCP constituyó una utilización fraudulenta del fenómeno societario que tuvo por objeto diluir las responsabilidades que pudieran derivarse del cierre de la empresa anterior, con el propósito de mantener parcialmente el negocio a través de una nueva empresa, sin tener que hacer frente a las responsabilidades de los efectos del despido colectivo que se estaba llevando a cabo. Por ello el recurso debe ser estimado por lo que se refiere al ámbito subjetivo de los efectos de tal declaración, por las siguientes razones:

a) En primer lugar porque resulta evidente que con la creación de la nueva empresa -la SCP- sus socios lo que llevaron a cabo fue una auténtica sucesión de empresa mediante la que se hicieron cargo de la parte del negocio que estimaron oportuna, sin solución de continuidad, contratando a parte de la anterior plantilla



y alquilando temporalmente parte de la maquinaria anterior. No consta que lo transmitido constituyera una unidad productiva autónoma lo que eventualmente podría justificar una transmisión parcial que pudiera limitar sus efectos a los trabajadores afectos a dicha hipotética unidad productiva. Para que tal circunstancia pudiera darse, hubiera sido necesario que, con anterioridad a la transmisión hubiese existido una unidad productiva específica que funcionase como tal en Canalizaciones el Garraf, SL, esto es, que hubiera existido una entidad que hubiese funcionado autónomamente como un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica principal o accesoria, cuestión sobre la que no consta el más mínimo indicio. No se puede pretender que cuando la sucesión se limita a una parte del negocio estemos en presencia de una transmisión parcial si tal parte del negocio no ha sido, con anterioridad a la transmisión, susceptible de funcionar individualizadamente; antes bien al contrario, todo apunta a que la asunción de parte del negocio obedece a razones ligadas a la rentabilidad de la operación.

b) En segundo lugar, no habiendo quedado acreditado que estemos en presencia de una transmisión parcial, la limitación a los trabajadores contratados por la nueva empresa de la responsabilidad sobre los efectos de la decisión de la sentencia recurrida de nulidad del despido colectivo no aparece justificada; por un lado, por el carácter fraudulento de la operación; por otro, por el hecho de que los perjudicados por tal proceder fraudulento son todos los trabajadores y no sólo los contratados por la nueva empresa. Es más, quienes realmente son perjudicados son los que no fueron contratados en la medida en no podían ser readmitidos por quien ya no tenía actividad y, tampoco, por quien sucedió en dicha actividad por aplicación de la sentencia aquí combatida. Limitar los efectos de la condena a quienes ya figuraban como trabajadores de la empresa sucesora no implicaba efectos prácticos en la medida que ya eran trabajadores a tiempo indefinido de la única empresa condenada que continuaba con actividad.

c) Por último, en la relación de hechos probados de la sentencia recurrida no consta expresamente que parte de la actividad que no recogió la SCP fuese asumida por una tercera empresa. A ello se refiere el fundamento jurídico cuarto de la sentencia aquí combatida en donde se establece que la situación que se califica como fraudulenta nada tiene que ver con "la creación al cabo de dos meses de la empresa que en este pleito se la conoce como "Vilarrás", formada por 7 u 8 trabajadores de Canalizaciones del Garraf, S.L., que no eran socios ni directivos de ésta, ni utilizaron ningún tipo de herramientas o materiales suyas, siendo su objetivo conseguir un nuevo empleo de la especialidad que conocían, pasando previamente los trabajadores por la situación de desempleo". Afirmación que no ha quedado desvirtuada en el presente recurso.

3.- Lo expuesto conlleva, oído el Ministerio Fiscal, la estimación parcial del recurso del comité de empresa, lo que implica la revocación parcial de la sentencia combatida en lo referente a la limitación de la extensión subjetiva de la condena a Canalizaciones Altega SCP y a sus socios, a quienes se condena al cumplimiento de las responsabilidades legales derivadas de la calificación del despido nulo respecto de todos los trabajadores afectados por dicho despido colectivo. Con imposición de costas a la empresa recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1.- Desestimar el recurso de casación formulado por el letrado D. Joaquim Sánchez García en nombre y representación de Canalitzacions Altega SCP, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio . 2.- Estimar recurso de Casación interpuesto por el letrado D. Manuel Molina Torralbo, en nombre y representación de D. Antonio Herminio , D. Estanislao Virgilio y D. Octavio Marcial . 3.- Casar y anular parcialmente la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 18/2015 en lo relativo a la condena a las codemandadas CANALITZACIONES ALTEGA, SCP, y solidariamente a sus socios, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio , al cumplimiento de sus responsabilidades legales, condena que queda referida la totalidad de los trabajadores afectados por el despido colectivo acordado por la codemandada, CANALIZACIONES DEL GARRAF, S.L., con efectos del día 27 de marzo de 2015, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida. 4.- Imponer las costas a la recurrente CANALITZACIONES ALTEGA, SCP, y solidariamente a sus socios, Raimunda Ruth , Lorenzo Pascual , Matilde Erica y Marino Desiderio , dándose a las consignaciones y depósitos el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa



Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jordi Agustí Julia

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación nº 15/2017.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 15/2017, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

Las razones de mi discrepancia son varias y se pueden extractar en los siguientes puntos.

PRIMERO. Sobre los antecedentes de hecho:

Consta en los hechos declarados probados y reconoce el Comité de Empresa en su recurso, los siguientes hechos:

La SCP, constituida el 18 de febrero de 2015 por Matilde Erica y por Marino Desiderio (H.P. Noveno), inició sus actividades el 5 de marzo siguiente en local propio, alquilado días antes, y contrató al efecto ese día a siete empleados de Canalizaciones Garraf SL cuyos contratos había extinguido ya esta sociedad en el despido colectivo seguido por ella, aunque se encontraban disfrutando de los días de vacaciones que les quedaban. Para el desempeño de la actividad, consistente en ejecución de contrata con Gas Natural que antes tenía adjudicada Canalizaciones Garraf SL (Hecho 12, apartado 3, de la demanda) se compró y arrendó a terceros maquinaria y se arrendó temporalmente (dos meses), parte de la maquinaria de la SL citada. Posteriormente, el 31 de marzo y el 21 de mayo de 2015 sucesivamente, se incorporaron como socios a la SCP los cónyuges de los socios fundadores (H.P. Noveno y revisión fáctica del mismo que propone la demandante en su recurso, lo que hace que sea un hecho pacífico), siendo de destacar que los nuevos socios habían ocupado puestos directivos en las SL y en el grupo de empresas al que pertenecían, aunque no habían participado en su capital social. Los nuevos socios aportaron a la SCP creada por sus consortes el importe de la capitalización de sus prestaciones por desempleo y el capital social se repartió a partes iguales entre los cuatro socios (dos matrimonios). En fechas próximas, el 2 de abril, inició su actividad otra SCP con similar objeto social, creada por otros ocho empleados de la SL.

Con esos antecedentes la sentencia recurrida siguiendo la doctrina sentada por nuestra sentencia de 18 de febrero de 2014 (R. 108/2013), aunque en el presente caso no haya existido transmisión de bienes materiales, estima que ha existido una sucesión parcial de empresa, una sucesión en parte determinada de su actividad. Esta conclusión la sustenta en que, como apunta nuestra sentencia de 18 de febrero de 2014 , la sucesión de empresa del artículo 44 del ET no requiere la existencia de un pacto expreso sobre el particular entre cedente y cesionario, así como en que la SCP se creó fraudulentamente con el fin de eludir las normas que regulan la sucesión de empresas, conclusión que extrae de los indicios de fraude existentes, tales como vinculación de los socios de la SCP a la antigua empleadora, contratación de parte de los empleados de la anterior empresa, objeto social similar y actividad desempeñada, entre otros, indicios que la llevan a concluir que la SCP se creó para continuar con parte de la actividad de Canalizaciones del Garraf SL, razón por la que condena a la SL frente a todos los trabajadores que despidió y a la SCP y sus socios, como sucesores de la misma, con relación sólo a los siete trabajadores de aquella que contrató y empleó en un sector de su actividad.

SEGUNDO. Sobre la acumulación indebida de acciones y violación del principio de tutela judicial efectiva por seguirse un procedimiento inadecuado y posible violación del derecho al juez natural.

A la acción por despido colectivo se ha acumulado indebidamente la de sucesión de empresa: La demandante reconoce la existencia de un grupo patológico de empresas, cuestión pacífica, del que no forma parte la Sociedad Civil Particular Canalizaciones Altega (SCP) que es demandada como sucesora en parte de la actividad (contrata de Gas Natural), razón por la que se pide su responsabilidad solidaria como sucesora en todo, sin formar parte del grupo de empresas, cual reconoce la sentencia de instancia.

Sentado lo anterior, resulta que el proceso de despido colectivo solo puede tener por objeto (art. 124-2 de la Ley Jurisdicción Social , complementado por el nº 11 del mismo artículo) las cuatro causas de impugnación del despido colectivo que enumera el nº 2 del art. 124, al igual que el fallo de la sentencia se debe limitar, cual señala su número 11, a calificar la decisión extintiva, razón por la que la naturaleza especial y urgente



de este proceso (nº 6) impide plantear en el mismo otras cuestiones, como la posible sucesión de empresa producida tras tomarse y notificarse la decisión extintiva, máxime si no ha mediado un contrato mercantil entre cedente y cesionario en ese sentido. Así lo corrobora igualmente, lo dispuesto en el artículo 26 de la LJS que prohíbe la acumulación a las acciones de despido de cuales quiera otras, como las extinción de contratos, modificaciones sustanciales de los mismos y otras con las excepciones que se estudian en él. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia del Pleno de 20 de Julio de 2016 (Rec. 303/2014) dictado en un supuesto en el que, también, se pedía la subrogación empresarial, doctrina que la mayoría olvida y no rectifica expresamente, cual requiere el principio de tutela judicial efectiva.

Se dirá que si se ha admitido la acumulación de acciones contra varios en supuestos de cesión ilegal de mano de obra o de levantamiento del velo en grupos de empresa. Pero el supuesto es distinto porque en esos casos la acumulación venía fundada en hechos producidos con anterioridad al despido, mientras que ahora se demanda con base en hechos posteriores al despido. En aquellos casos se demandaba a quien se consideraba que tenía la condición de empresario real por hechos anteriores y aquí al supuesto sucesor con base en hechos posteriores. En el primer caso cabía la acumulación con base en el art. 25-3 de la LJS, al existir un nexo de conexión entre las causas de pedir, nexo existente, según la norma, „cuando las acciones se funden en los mismos hechos,„ pero ese nexo del inciso final del citado art. 25-3 no se da en este caso, porque la supuesta sucesión se funda en hechos posteriores y no ha mediado contrato alguno entre cedente y cesionario, supuesto distinto del contemplado en nuestra sentencia de 18 de febrero de 2014 que cita la sentencia recurrida.

La indebida acumulación de acciones provoca que se haya tramitado por proceso inadecuado la pretensión de declaración de sucesión empresarial, lo que obligaba a proceder, incluso de oficio, en la forma prevista en el art. 27 de la LJS y a declarar la nulidad de las actuaciones practicadas, como ya señaló esta Sala en su sentencia de 11 de octubre de 2007 (Rec. 94/2005).

El seguimiento de un proceso inadecuado ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva de la SCP, al obligarla a litigar en un proceso sumario y urgente por causas concretas que justifican la sumariedad y urgencia (el despido colectivo) sobre hechos posteriores en un procedimiento distinto. En efecto, la cuestión se ha tramitado en un proceso especial, en lugar de un proceso de conflicto colectivo ordinario o individual, dado que el número de afectados ha disminuido pues de los 27 ya se han recolocado 17, lo que habría afectado, incluso, al derecho al juez natural, no solo porque las normas de reparto son distintas para un tipo u otro de proceso colectivo, sin tener en cuenta la posibilidad de proceso individual.

TERCERO. Sobre la incongruencia.

A. Omisiva por parte de la sentencia de instancia.

La sentencia recurrida incurre en falta de motivación cuando no razona los motivos por los que condena a la SCP como sucesora parcial de la antigua empleadora. Como no da razones al efecto, al negar la existencia de transmisión de bienes y de contrato entre cedente y cesionario hay que entender que se funda en el fraude de ley del que simplemente ve indicios, como evidencia su tenor literal y el uso de expresiones tales como "puede dar lugar..", "creación de empresa aparente", "creación indiciariamente fraudulenta de una nueva empresa" o "no consta que haya habido finalmente transmisión de bienes", para acabar reduciendo la responsabilidad de la SCP a la derivada de la contratación por ella de siete trabajadores, lo que supone excluirla de las responsabilidades del grupo. Ello sentado, conviene recordar que conforme a nuestra doctrina (sentencias de la Sala de 30-6-2015 (R. 854/2014), 23-10-2015 (R. 169/2014), 3-2-2016 (R. 31/2015), 11-2-2016 (R. 98/2015), 17-3-2016 (R. 178/2015) y 23-11-2016 (R. 94/2016) el fraude de ley no se presume, sino que debe probarse y, aunque cabe la prueba de presunciones, es preciso que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir exista un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que, como apunta el Ministerio fiscal, no existe en el presente caso o no lo razona la sentencia recurrida de forma suficiente.

B. Extra-petita

Es la incongruencia en que incurre la sentencia de la mayoría de la que discrepo. En este sentido conviene recordar la doctrina al respecto de nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia 41/2007, de 26 de febrero dice: «la incongruencia por exceso o extra petitum es aquella por la que „el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o



realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2 ; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2 ; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9 ; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2 ; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3), (STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3)".».

También ha señalado «que para que la incongruencia (en concreto, la llamada **extra petita**) "tenga relevancia constitucional se precisa que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, por lo cual requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre una cuestión no incluida en las pretensiones procesales, impidiendo así a las partes efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido" (SSTC 88/1992, 44/1993, 125/1993, 369/1993, 172/1994, 222/1994, 311/1994, 91/1995, 189/1995, 191/1995 de 18-XII, 13/1996 de 29-I, 60/1996 de 15-IV, 98/1996 de 10-VI, entre otras).».

Esta incongruencia *extra-petita* se produce porque la sentencia de la mayoría funda la estimación del recurso de la parte demandante en un supuesto fraude de ley que la parte no alega en el recurso, donde no se denuncia la infracción del art. 6-4 del Código Civil, ni se argumenta en que ha consistido el fraude, ni los hechos concretos que permiten presumirlo, ni porque los efectos de ese proceder deben extenderse a todos los empleados del grupo de empresas y no solo a los destinados en la contrata de Gas Natural. Ello comporta que, al no alegar el recurso la existencia de fraude de ley, ni que sus efectos se extiendan a toda la plantilla, con la extensión, detalle, y motivación que requiere el artículo 210-2 de la LJS, esta Sala no pueda examinar de oficio esa cuestión, por cuanto estamos ante un recurso extraordinario que se da por los motivos que las partes argumenten y sólo por ellos, sin que la Sala pueda suplir las omisiones en que incurran y traer a colación otras cuestiones no planteadas porque lo impiden las normas de orden público procesal que regulan el recurso en aras al principio de tutela judicial efectiva del que forma parte el principio de igualdad de partes. Con ese proceder la mayoría ha violado el principio de igualdad de partes y dejado indefensa a la parte que no pudo rebatir los argumentos que da *ex novo*.

Por todo ello, la sentencia de la que discrepo, al cambiar los términos del debate planteado en el recurso, ha incurrido en incongruencia *extra-petita*, pues no podía apartarse de la causa de pedir y fundamentos de derecho hechos valer por la recurrente con lo que ha vulnerado el principio *iuxta allegata et probata*, y se ha excedido en las facultades que le concede el principio *iura novit curia*, por fundar su fallo estimatorio del recurso en fundamentos de derecho diferentes a los hechos valer por el recurso que no alegó la existencia de fraude de ley, ni dedicó un motivo al examen de esa infracción, sino que se limitó a razonar que existía sucesión de empresa con base en el art. 44 del ET.

C. Doctrina de la Sala sobre la incongruencia.

Conviene recordar que en nuestra sentencia del Pleno de 19 de octubre de 2015 (R. 99/2015) se analizó en un recurso interpuesto en un despido colectivo el tema de la incongruencia omisiva y *extra-petita* en que había incurrido la sentencia que había estimado la existencia de fraude de ley y anulado el despido sin que la existencia de fraude de ley se hubiese alegado y se entendió que la sentencia recurrida había incurrido en incongruencia *extra-petita*, lo que nos llevó a anularla en ese particular. Del mismo vicio de incongruencia adolecen la sentencia recurrida y la de casación de la que discrepo, pues el fraude de ley ni se alegó en la demanda como causa de nulidad, ni se ha alegado como motivo del recurso en esta alzada.

CUARTO. Sobre el fraude de ley.

A. Considero que no existe fraude de ley y que la mayoría se ha apartado de su doctrina sobre el fraude de ley en supuestos de sucesión de empresa por empleados de la transmitente sin razonar porque se abandona esa doctrina, lo que es contrario al principio de tutela judicial efectiva.

En efecto, los cónyuges de dos empleados (directivos pero no partícipes en el capital) crearon una sociedad civil a la que más tarde, cuando les fueron reconocidas prestaciones por desempleo, se incorporaron sus consortes que aportaron la prestación por desempleo capitalizada que les fue reconocida. Quiebra con ello uno de los hechos básicos de la presunción: los empleados-directivos no crearon la sociedad civil que asumió la contrata con Gas Natural sino sus consortes, y fue más tarde cuando se incorporaron los cónyuges, de los



constituyentes de la sociedad. Además, falta el ánimo fraudulento que se requiere para afirmar que existe una conducta fraudulenta: se actúa al descubierto, no se oculta el nombre de los socios y estos involucran todo su patrimonio personal, sin acudir a testaferros o sociedades ficticias, con el fin de continuar con la ejecución de una contrata de la empresa que los empleaba.

Además, en supuestos similares, la Sala en sus sentencias de 15-10-2009 (R. 3279/2008), 2-9-2011 (R. 4213/2010), 10-12-2010 (R. 46/2010), 21-6-2016 (R. 3805/2014) y 5-4-2017 (R. 694/2016), entre otras que en ellas se citan, la Sala ha estimado que no existe fraude de ley cuando un trabajador, solo o unido a otros, tras quedar desempleado, directamente o mediante una persona jurídica creada al efecto, reanuda la actividad de su antigua empleadora empleando las prestaciones por desempleo capitalizadas que le han sido reconocidas. Es cierto que esos pronunciamientos han recaído en supuestos en los que se controvertía el derecho a la prestación por desempleo capitalizada por quien se había dado de alta como trabajador autónomo tras su despido. Pero también lo es que, se dijo que ese proceder no era fraudulento, incluso cuando, cual contempla nuestra sentencia de 5 de abril de 2017 , la trabajadora había reanudado la actividad de la empresa que la despidió en el mismo local que trabajaba antes, por cuanto se trataba de incentivar el autoempleo y la conservación de puestos de trabajo.

B. Ha existido una sucesión en una unidad productiva autónoma permitida por el art. 44 del ET .

La sentencia de la mayoría funda su decisión, cual dice el nº 2 de su fundamento de derecho quinto, en que ,la creación de la SCP constituyó una utilización fraudulenta del fenómeno societario que tuvo por objeto diluir las responsabilidades que pudieran derivarse del cierre de la empresa anterior, con el propósito de mantener parcialmente el negocio a través de una nueva empresa, sin tener que hacer frente a las responsabilidades de los efectos del despido colectivo que se estaba llevando a cabo. ...,

,... Con la creación de la nueva empresa -la SCP- sus socios lo que llevaron a cabo fue una auténtica sucesión de empresa mediante la que se hicieron cargo de la parte del negocio que estimaron oportuna. ... No consta que lo transmitido constituyera una unidad productiva autónoma lo que eventualmente podría justificar una transmisión parcial que pudiera limitar sus efectos a los trabajadores afectos a dicha hipotética unidad productiva,.

Esos argumentos son contradictorios y, aparte lo razonado anteriormente sobre la incongruencia extra-petita, dado que la estimación del recurso no se funda en el art. 44 del ET , sino en el fraude de ley, resulta que la mayoría reconoce que el fin perseguido por la SCP era ,diluir las responsabilidades..., y ... ,mantener parcialmente el negocio a través de una nueva empresa..., creando una SCP ,mediante la que se hicieron cargo de la parte de negocio que estimaron oportuna,... . La mayoría se contradice cuando a renglón seguido dice que ,no consta que lo transmitido constituyera una unidad productiva autónoma, que podría justificar una sucesión parcial, pues acaba de afirmar se perseguía hacerse cargo de la parte del negocio que se consideraba más oportuna (beneficiosa).

Es un hecho probado, afirmado en el Hecho 12-3 de la demanda y no necesitado de prueba, que la SCP se hizo cargo de la contrata de Gas Natural SA, esto es de una unidad productiva autónoma, razón por la que sin necesidad de acudir a presunciones sobre el fraude de ley operó una sucesión parcial que la mayoría desconoce ¡por falta de prueba!, al igual que pretende ignorar que otros trabajadores crearon otra SCP llamada Vila-Ras que se dedicó a actividad concurrente, dió ocupación a otros ocho empleados del grupo e inició su actividad a primeros de abril, días después que la otra. Por ello, creo que no hubo fraude sino sucesión en una unidad productiva autónoma en la que se dio empleo a nueve de los trabajadores de la transmitente sin que mediara negocio jurídico alguno entre cedente y cesionario.

Corolario.

Por haber existido acumulación indebida de acciones y no seguirse el procedimiento adecuado debieron anularse las actuaciones y, subsidiariamente, sin necesidad de acudir a construcciones forzadas sobre la existencia de fraude de ley y de incurrir en incongruencia extra-petita y otras contradicciones debió confirmarse la sentencia recurrida con el argumento de que ha existido una sucesión en una parte de la actividad, en una unidad productiva autónoma.

Las consecuencias de esta sentencia son desastrosas para el empleo: nadie querrá autoemplearse y dedicarse a la misma actividad que su antigua empleadora con compañeros de trabajo.

Una paradoja la SCP condenada deberá pagar la indemnización de quienes constituyeron la otra SCP, Vila-Ras y eran compañeros de trabajo.

Madrid, 6 de julio de 2017